

**PRISCILA SOARES CROCKETT**

**MENTALIDADE JURÍDICA PROPRIETÁRIA NO BRASIL: DA PRÉ-  
MODERNIDADE À MODERNIDADE**

**Monografia de conclusão de curso  
aprovada como requisito parcial à  
obtenção do grau de bacharel no Curso  
de Direito do Setor de Ciências  
Jurídicas da Universidade Federal do  
Paraná**

**Orientador: Professor Ricardo Marcelo  
Fonseca**

**CURITIBA**

**2006**

**TERMO DE APROVAÇÃO**

PRISCILA SOARES CROCETTI

**MENTALIDADE JURÍDICA PROPRIETÁRIA NO BRASIL: DA PRÉ-MODERNIDADE À MODERNIDADE**

**Monografia de conclusão de curso aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel no Curso de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:**

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca  
Departamento de Direito Privado, UFPR

Prof. Dr. César Antônio Serbena  
Departamento de Direito Privado, UFPR

Prof. Dr. Luis Fernando Lopes Pereira  
Departamento de Direito Privado, UFPR

**Curitiba, 25 de outubro de 2006.**

Agradeço a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização e divulgação deste trabalho; ao professor orientador Ricardo Marcelo Fonseca pela brilhante orientação e pela divisão de conhecimento recebida, pelas quais apenas um verdadeiro mestre transita; a todos que tiveram a paciência e a compreensão quando das incessantes negativas recebidas em razão da esforçada dedicação da autora ao presente estudo, os quais certamente são dignos de imenso carinho; aos meus pais para os quais as locuções apoio e força expressam significados pequeníssimos diante de tamanha crença e coragem recebidas.

*“E esta outra gente que é, solta e miúda, que veio com a terra, embora não registrada na escritura, almas mortas, ou ainda vivas? A sabedoria de Deus, amados filhos, é infinita: aí está a terra e quem a há-de-trabalhar, crescei e multiplicai-vos. Crescei e multiplicai-me, diz o latifúndio”*  
José Saramago

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	vi
<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	01
<b>2. RESGATE DO PASSADO HISTÓRICO DO DIREITO E DA HISTÓRIA DA PROPRIEDADE NO BRASIL</b> .....	04
2.1 IMPORTÂNCIA, NECESSIDADE E TENTATIVA DE UM RESGATE RESPONSÁVEL DA HISTÓRIA DO DIREITO.....	05
2.2 DO POSITIVISMO À ADOÇÃO DE INSTRUMENTOS PARA UMA HISTÓRIA DO DIREITO “AREJADA”.....	07
2.3 HISTÓRIA DO DIREITO AREJADA NA ANÁLISE DA PROPRIEDADE.....	17
2.4 A ABORDAGEM DA PROPRIEDADE A PARTIR DA CATEGORIA “MENTALIDADE JURÍDICA”.....	19
<b>3. NASCIMENTO DA PROPRIEDADE MODERNA: A EXPERIÊNCIA EUROPEIA</b> .....	24
3.1 PREMISSAS ORDENADORAS DA ORDEM JURÍDICA MEDIEVAL.....	24
3.2 MENTALIDADE JURÍDICA MEDIEVAL.....	28
3.3 A PASSAGEM DO PRÉ-MODERNO AO MODERNO NA EUROPA.....	34
<b>4. MENTALIDADE PRÉ-MODERNA E MODERNA NO BRASIL</b> .....	43
4.1 BREVE RELATO SOBRE A CHEGADA DOS PORTUGUESES E DAS SESMARIAS NO BRASIL COLONIAL.....	43
4.2 MENTALIDADE JURÍDICA PROPRIETÁRIA PAUTADA NO CULTIVO: A “PROPRIEDADE” SESMARIAL.....	46
4.2.1 Uma abordagem estrutural do Brasil colonial.....	46
4.2.2 As sesmarias e o fundamento do cultivo.....	50
4.2.3 Um ponto final às sesmarias.....	58
4.3 A LEI DE TERRAS E O ADVENTO DA MENTALIDADE PROPRIETÁRIA MODERNA NO BRASIL.....	61
4.3.1 Panorama histórico do século XIX.....	61
4.3.2 Lei de Terras e seu regulamento.....	64
4.3.3 A Lei da reforma hipotecária: meios para a absolutização e mercantilização da propriedade brasileira.....	70
<b>5. CONCLUSÃO</b> .....	76
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	79

## RESUMO

O estudo da propriedade enquanto mentalidade jurídica, tanto na pré-modernidade quanto na modernidade, do Brasil foi realizado a partir de um método arejado de se fazer História do Direito, na esteira da Escola de Annales, e das contribuições, sobretudo, de Antonio Manuel Hespanha e Paolo Grossi. Partiu-se da categoria mentalidade jurídica, já que se traduz na análise do complexo de valores circulantes num dado espaço e num dado tempo de longa duração, possibilitando a análise do perfil de cada “propriedade”. A mentalidade pré-moderna brasileira pautou-se no instituto das Sesmarias, que eram porções de terras da Coroa dadas aos sesmeiros para que as ocupassem, garantindo assim o domínio português, e as cultivassem, sob a prática de monoculturas para exportação, e utilização de trabalho escravo, nos moldes do mercantilismo. Contudo, a propriedade sesmarial brasileira se diferenciou da propriedade feudal européia, embora ambas se traduzissem não absolutas, sem limites precisos, com conteúdo de efetivo aproveitamento. Entretanto, tanto a propriedade moderna européia quanto a brasileira (influenciada pela reflexão franciscana e ideologia liberal européias), traduz-se em uma nova mentalidade, um novo complexo de valores, quanto à apropriação de bens, que se caracterizou pela forma abstrata, simples e absoluta que se inaugura com o *Code* de Napoleão, na Europa; assim como no Código Civil brasileiro de 1916, que, após a ruptura com o regime anterior, inaugurada pela Lei de Terras e seu regulamento (somada a contribuições da Lei de Reforma Hipotecária), foi influenciado pelo modelo europeu napoleônico-pandectista, firmando um modelo proprietário genuinamente moderno em terras brasileiras.

Palavras-chave: Mentalidade-jurídica; propriedade; pré-modernidade; modernidade.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo a análise da inserção, no campo jurídico, da propriedade moderna no Brasil, a partir de uma perspectiva histórica, pautada na análise das mentalidades jurídicas, de antes e depois do marco jurídico “Lei de terras”, que formalmente colocou o Brasil na modernidade no que diz respeito ao tratamento da propriedade fundiária.

A mentalidade jurídica pode ser traduzida como o complexo de valores que circula num determinado espaço e num determinado tempo, tempo esse de longa duração. De maneira que o referido complexo de valores forma um tecido conectivo na sociedade de então, o qual é marcado por vicissitudes próprias, pois, daquele tempo e espaço estudado. É provável, assim, que a passagem de uma mentalidade jurídica pré-moderna no Brasil para uma moderna esteja marcada por uma modificação dos valores circulantes.

Com efeito, o problema apresentado é o de perceber em que sentido e de que forma se deu a passagem de um modelo proprietário a outro no tão cheio de tensões século XIX.

Para tanto, adotar-se-á como caminho metodológico as contribuições da Escola de Annales quanto ao modo de se fazer história, assim como as contribuições dos historiadores do Direito Antonio Manuel Hespanha e Paolo Grossi no trato da história do Direito, os quais são marcos teóricos nesse trabalho. Isso porque o tema propriedade é um tema historiográfico-jurídico por excelência; assim como porque se torna imperioso um resgate histórico metodologicamente responsável do direito, em razão de uma necessária postura crítica diante do já estabelecido modo de se fazer história do direito, que, via de regra, se traduz nas linhas positivistas, tudo isso para quiçá trazer contrapontos a fim de se chegar a uma historiografia jurídica feita conceitualmente de maneira mais adequada.

Num segundo momento, traçar-se-á o estudo da contribuição européia, vale dizer, tendo em conta os laços que o Brasil colônia possuiu com sua metrópole, assim como toda a “importação” que é sabido que se fez dos modelos jurídicos, políticos e sociais europeus, é coerente e proveitosa a verificação de como se deu a passagem da mentalidade jurídica proprietária (pré-moderna à moderna) em terras européias para a partir daí verificar em que se diferencia a nossa experiência em termos de mentalidade jurídica.

No entanto, é importante destacar que quando da análise da pré-modernidade européia, é forçosa a análise preliminar das premissas ordenadoras da sua ordem jurídica, para evitar falsas verificações acerca daquela sociedade corporativa, daquela “civilização jurídica”. De outro lado, buscar-se-á traçar uma correta percepção da disponibilidade cultural e dos padrões mentais que a permeiam, já que o Direito medieval apresenta particularidades que devem ser levantadas, para uma compreensão mais colada à realidade daquele sistema; ademais, ter-se-á o cuidado de lançar mão do vigente “hábito” de rechaçar o conjunto de valores e crenças que a modernidade repeliu e considerou como trevas. Para tais fins certamente o marco teórico mais importante da presente monografia será o já citado italiano Paolo Grossi. Dentro, ainda da perspectiva européia, se traçará a transição que ocorreu (processo lento que leva mais de cinco séculos, XIV ao XIX) com a noção de propriedade enquanto mentalidade jurídica circulante no chão europeu. Ter-se-á como ponto de chegada histórico, a mentalidade jurídica proprietária moderna européia, que, através das contribuições, entre outras, da reflexão franciscana e do liberalismo, se consolida como o poder mais absoluto do sujeito sobre as coisas, época em que a propriedade se solidifica como absoluta.

Quando do estudo da propriedade em terras brasileiras (tendo como principal marco teórico nesse campo a historiadora do direito Laura Beck Varela) também serão imperiosas algumas premissas. É importante verificar que a nossa realidade colonial se diferenciou em muito da pré-modernidade européia, no sentido de que não tivemos aqui um feudalismo propriamente dito. Daí a importância em se estabelecer a estrutura brasileira de então, a sociedade, a política e o direito na colônia. Tendo como referência desde já a utilização das sesmarias no Brasil colonial instituto português que de início visou a ocupação do território brasileiro, para garantia do domínio de Portugal neste. Por outro lado, é evidente que o modelo de *plantagem* utilizado nas colônias americanas contribuiu para a caracterização da mentalidade proprietária colonial, que entre outras coisas estava marcada pelo cultivo das terras sem muita observância às obrigações régias quanto à forma das sesmarias. De qualquer modo, o estudo daquele sistema pré-moderno do Brasil, bem como o estudo de seu declínio e dos elementos que contribuíram para o seu fim, frente às modificações dos interesses sociais e políticos do então século XIX, serão importantes alavancas para a formação de uma nova mentalidade que



passará a circular no seio da realidade proprietária brasileira: a propriedade moderna, com limites precisos, absoluta, simples e abstrata, como se verá.

## 2. RESGATE DO PASSADO HISTÓRICO DO DIREITO E DA HISTÓRIA DO DIREITO DE PROPRIEDADE NO BRASIL

*“Certamente precisamos da história, mas não como o passeante mimado no jardim do saber...”<sup>1</sup>*

O presente capítulo tem como objetivo principal traçar o rumo no qual se pautará o estudo do direito de propriedade brasileiro, de maneira a situá-lo, necessariamente, de forma não descolada de seu passado profundamente histórico. Para tanto, estabelecer-se-ão, a partir de um resgate metodologicamente responsável da História do Direito, as bases – não mais pautadas no paradigma<sup>2</sup> científico hegemônico na História do século XIX (positivismo) – para uma análise não tão à margem da significância da mentalidade jurídica proprietária, que, equivocadamente, se arrasta nos dias atuais como a evolução ou o resultado ímpar e mais correto que poderíamos ter do que chamamos de “propriedade”.

Ainda, preliminarmente, cabe ressaltar que a questão da propriedade é um “assunto historiográfico-jurídico por excelência”. Não há como trabalhar o “conceito” propriedade sem antes relativizá-lo, desmistificá-lo, sem deixar de lado as pretensas certezas que a historiografia do direito pautada nas mordaças do positivismo jurídico colou, a seu tempo, na compreensão do termo propriedade. Com efeito, importantes se assentam algumas premissas teóricas para um necessário e adequado “desvendar” do leitor, a fim de se evitar equívocos e mal entendidos a respeito da matéria objeto de estudo.

---

<sup>1</sup> NIETZSCHE, F. W. **Segunda consideração intempestiva**: da utilidade e desvantagem da história para a vida. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003. p. 05.

<sup>2</sup> Paradigma é um termo de origem grega que ganhou projeção na década de 60, quando o físico e historiador norte-americano, Thomas S. KUHN, escreveu uma série de artigos que contrariava a posição predominante da ciência, afirmando que as verdades científicas não são dadas linearmente no processo evolutivo, mas sim em “saltos”, correspondentes à conveniência de quem comanda a ordem social vigente; cada época tem as suas verdades “científicas”. Segundo WOLKMER, “O paradigma é um modelo científico de verdade, aceito e predominante em determinado momento histórico. Trata-se de práticas científicas compartilhadas que resultam de avanços descontínuos, saltos qualitativos e rupturas epistemológicas” (WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura do direito. 3 ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001).

## 2.1 IMPORTÂNCIA, NECESSIDADE E TENTATIVA DE UM RESGATE RESPONSÁVEL DA HISTÓRIA DO DIREITO

É característica estrutural, quiçá de maior relevo para a História do Direito, ter como papel levantar questionamentos e críticas<sup>3</sup> acerca do Direito, diferente do que, via de regra, pretendem as disciplinas dogmáticas, pregando a sua certeza.

Todavia, nem sempre a História do Direito se comportou e se comporta dessa forma, de maneira a questionar a pretensa verdade histórica e conseqüente atualidade, posto que é corriqueiro que sirva a referida disciplina como discurso legitimador do senso comum dos juristas.

Não raras vezes, entre outros equívocos, o discurso historiográfico é montado no tempo do historiador, o qual selecionará os fatos que julgar relevantes, de maneira a tornar “o hoje” o ápice de todo o processo histórico em relação ao tema abordado; isso gera, freqüentemente, uma certa carência quanto à verificação e ao conhecimento de até que ponto a seleção de fatos e elos históricos não sofreu a influência dos anseios do historiador do tempo presente.

Procurar-se-á no estudo, pois, vislumbrar uma necessária postura crítica diante do já estabelecido modo de se fazer História do Direito, para, talvez, trazer contrapontos a fim de se chegar a uma historiografia feita conceitualmente de maneira mais adequada. Isso porque, como já delineado, verifica-se a importância de um resgate metodologicamente responsável do passado histórico do Direito, de forma geral, e do direito de propriedade, em particular, já que é pautado em falsas certezas o tratamento da História atualmente. Isso ocorre em razão da cultura do jurista na abordagem da História ser perceptivelmente marcada por visões positivistas.

Com efeito, é freqüente que ao abordar a História do Direito, o estudioso o faça por meio de concepções positivistas da História, as quais, invariavelmente, pautam-se em construções lineares, conexas, identificadas por *causas* que em verdade são *conseqüências*; além disso, é também freqüente que tal abordagem seja esquematicamente posta, no início de obras jurídicas, dando a falsa impressão

---

<sup>3</sup> Segundo WOLKMER, a crítica, conceitualmente, “trata-se do instrumental pedagógico operante (teórico-prático) que permite a sujeitos inertes e mitificados uma tomada histórica de consciência, desencadeando processos que conduzem à formação de agentes sociais possuidores de uma concepção de mundo racionalizada, antidogmática, participativa e transformadora.” (Id.)

de que o instituto jurídico a ser examinado é nada mais que a consequência daquela “história” dantes delineada.

Tem-se assim um quadro marcado em primeiro lugar pela falta de prestígio da própria disciplina de História do Direito como uma via de compreensão da realidade jurídica de cada tempo, justamente por existir uma falta de cuidado quanto ao tratamento do devir histórico, enquanto forma de compreensão e crítica. Num segundo momento, tem-se o já referenciado culto ao positivismo ao se fazer História do Direito, como referencial metodológico; opção esta que não só acaba por empobrecer o estudo, mas também, invariavelmente, distorcer as discussões da disciplina, que a partir do positivismo não possui conteúdo crítico ou questionador, resultando, tristemente, no estudo do passado pelo passado.<sup>4</sup>

Desta forma, procurar-se-á estabelecer um resgate da disciplina de caráter “libertador” e não meramente justificador, resultante, sucedido.

Daí a importância em se superar o positivismo na História (historicismo), o qual se abordará a diante.

Com efeito, é possível, e não apenas necessário, pelas razões já elucidadas, tomar-se outra via quando da tentativa de compreensão histórica do Direito. O professor Ricardo Marcelo Fonseca, em outra oportunidade, afirma que *“pode-se encarar o saber histórico-jurídico, sobretudo como instrumento de análise e de compreensão, que respeite a efetiva lógica da mudança, das contradições e das diacronias próprias do passado”*.<sup>5</sup>

Isso mostra como qualquer discussão ou estudo sobre a História do Direito deve partir da questão teórico-metodológica em que, diante da hegemonia do positivismo histórico, a história permeie toda a pesquisa.

Destarte, antes de se abordar a metodologia que se entende ser a mais adequada, no momento, para se debruçar sobre o passado, é conveniente apresentar as vicissitudes do modelo tradicional de historiografia (até o momento hegemônico, ao menos no âmbito da História do Direito, mas que, a partir das contribuições, sobretudo, da escola de Annales, paulatinamente vem cedendo

---

<sup>4</sup> FONSECA, R. M. **Direito e História:** relações entre concepções de história, historiografia e a história do direito a partir da obra de Antônio Manuel Hespanha. Curitiba, 1997. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p. 03.

<sup>5</sup> FONSECA, R. M. A história do direito e a verdade no processo: o argumento de Michel Foucault. *In Genisis Revista de Direito Processual Civil*, Ctba, nº 17. jul/set 2000, p. 573.

espaço para novas concepções de História), a fim de que possamos evitar seus percalços. É o que se fará no item que segue.

## 2.2 DO POSITIVISMO À ADOÇÃO DE INSTRUMENTOS PARA UMA HISTÓRIA DO DIREITO “AREJADA”

Ao tratarmos do caminho trilhado pelo positivismo como método capaz de compreender e de se fazer a História, embora fadigoso, faz-se importante a lembrança de que o positivismo está presente nas análises de diversas áreas das “ciências humanas” e de quase todos os ramos das ciências de forma geral. Particularmente, assenta-se influenciando epistemologicamente muitas construções teóricas da ciência do Direito, assim como da “ciência da História”, o que, certamente, não é diferente na História do Direito.

O professor Ricardo Marcelo Fonseca afirma que é possível verificar a existência de um positivismo filosófico, um jurídico e outro histórico, e, apesar de haver entre eles uma identidade metodológica, há diferença no objeto, ocorrendo, portanto, especificidades próprias em cada um dos quais.<sup>6</sup>

Boaventura de Souza Santos, em sua obra “Introdução à ciência pós-moderna”, afirma que o positivismo pode ser definido como assentado nos seguintes pressupostos:

a) a realidade é dotada de exterioridade; b) o conhecimento se constitui em representação do real; c) há uma aversão à metafísica e se constata o caráter parasitário da filosofia em relação à ciência; d) existe uma dualidade entre fatos e valores com a implicação de que o conhecimento empírico é logicamente discrepante do prosseguimento de objetivos morais ou da observação de regras éticas; e) presença da noção de “unidade da ciência”, nos termos da qual as ciências sociais partilham da mesma fundamentação lógica e metodológica.<sup>7</sup>

Dessa forma, filosoficamente, o positivismo se pauta na objetividade do conhecimento, vale dizer, na real possibilidade dele ser captado através da leitura do objeto, análise e reflexão. Admite-se, pois, a não atuação do sujeito neste processo, desde que, é claro, sejam seguidos os passos traçados pela própria metodologia positivista. Daí o porquê da chamada “exterioridade” da realidade a ser estudada

---

<sup>6</sup> FONSECA. **Direito e História...**, p. 16/17.

<sup>7</sup> SANTOS, B. S. **Introdução à ciência pós-moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989. p. 52.

(seja pertencente às ciências naturais ou sociais), assim como porque a persecução última do conhecimento nada mais é senão a, em tese, representação do real, sem mediações ou intermediações.

De resto, a separação entre fatos e valores se torna presente no positivismo, o que faz com que os valores deixem de ser foco de saber (que se traduz somente na razão científica). De maneira que o positivismo apenas se debruça sobre proposições analíticas da lógica e da matemática, por um lado, e proposições sintéticas relativas ao mundo dos fatos por outro.

Nas ciências humanas ocorreu o mesmo: uma opção pela neutralidade axiológica.

Uma das inúmeras críticas ao método apresentado, em que a realidade seria dotada de exterioridade e o conhecimento seria, pois, a representação do real, traduz-se em que tal método não pode ser epistemologicamente sustentado, já que esse tipo de análise privilegia demais um dos termos da relação cognitiva: o objeto. O método, então, não é “puro”, mas sim resultado de uma construção onde a presença do sujeito é uma constante.<sup>8</sup>

Destarte, com o rumo da historiografia tradicional não foi diferente. Embora seja a que se passou, sobretudo, no século XIX e nele se identifica, a História tradicional estancou uma multiplicidade metodológica da história.<sup>9</sup>

Houve uma certa multiplicidade temática que acaba com Leopold Von Ranke<sup>10</sup>, na metade do século XIX, onde nasce, pois, a “historiografia tradicional”.

A história tradicional foi a que se tornou hegemônica na historiografia européia do então século XIX. Teve seu ápice entre os anos de 1880 e 1930, na França, mas após esse momento brota um movimento conhecido como “Annales” que vem para combater o que eles determinaram como a história historicizante, “história rankeana”, movimento que vincula uma nova metodologia a ser aplicada na

---

<sup>8</sup> FONSECA. **Direito e História**..., p. 22.

<sup>9</sup> Não obstante, Ricardo Marcelo Fonseca aduz que “A historiografia do século XIX assiste à emergência de autores talentosos, metodologicamente inovadores e ao mesmo tempo impassíveis de serem reduzidos a uma única vertente teórica (...). Servem de exemplo Jules MICHELET e Jacob BURCKHARDT que escreveram mais ou menos na mesma época (1865 e 1860, respectivamente) suas histórias sobre o renascimento, e que cultuavam uma visão da história mais ampla que os seguidores da história política: enquanto o primeiro defendia uma história que se poderia denominar hoje como da ‘perspectiva das classes subalternas’, o segundo interpretava a história como um campo onde interagiam as forças do Estado, da Religião e da Cultura (...)”. (FONSECA. **Direito e História**..., p. 23).

<sup>10</sup> É aclamado como primeiro formulador de uma teoria seria da crítica das fontes históricas, todavia valorizou por demais a história política desprezando os outros setores de investigação.

História. Ranke, naquele momento, de tecimento da história tradicional, tenta introduzir-lhe um pendor científico. Utiliza, para tanto, um método que se pretende objetivo, rigoroso, criterioso no trato com as fontes, e, por fim, livre de especulações (juízos valorativos do historiador).

Bourdé e Martin<sup>11</sup> delineiam quais os postulados teóricos de Ranke, donde nasceria boa parte da historiografia das décadas que o sucederam:

1ª regra: incumbe ao historiador não “julgar o passado nem instruir seus contemporâneos, mas simplesmente dar conta do que realmente se passou”; 2ª regra: não há nenhuma interdependência entre o sujeito conhecedor – o historiador – e o objecto do conhecimento – o facto histórico. Por hipótese, o historiador escapa a qualquer condicionamento social, o que lhe permite ser imparcial na percepção dos acontecimentos; 3ª regra: A história – o conjunto das *res gestae* – existe em si, objectivamente; tem mesmo uma dada forma, uma estrutura definida, que é directamente acessível ao conhecimento; 4ª regra: a relação cognitiva é conforme a um modelo mecanicista. O historiador registra o facto histórico, de maneira passiva, como o espelho reflecte a imagem de um objecto, como o aparelho fotográfico fixa o aspecto de uma cena ou de uma paisagem; 5ª regra: a tarefa do historiador consiste em reunir um número suficiente de dados, assente em documentos seguros; a partir destes factos, o registro histórico organiza-se e deixa-se interpretar. (...) Segundo Von Ranke, a ciência positivista pode atingir a objectividade e conhecer a verdade da história.

Peter Burke<sup>12</sup> procurou caracterizar a “história rankeana” numa análise comparativa com a denominada “Nova História”. Para Burke, é possível dividir em seis pontos os contrastes entre a Nova História, proposta pela Escola de Annales<sup>13</sup> e a História que se fazia até então.<sup>14</sup>

Ele inicia invocando que enquanto a escola tradicional se ocupava dos eventos políticos ou o que diz respeito ao Estado, à Escola de Annales passou a interessar todos os aspectos da vida humana; houve uma explosão temática, donde advém um termo por ela utilizada: “história total”.

Uma segunda reação da Escola de Annales foi contra o aspecto narrativo da história tradicional; em lugar da narração de “fatos históricos”, a Nova História privilegia as tendências, as estruturas de longa duração.

<sup>11</sup> BOURDÉ; MARTIN. Apud: FONSECA. **Direito e História...**, 26.

<sup>12</sup> Historiador inglês contemporâneo.

<sup>13</sup> A nova história se trata de uma nova concepção no modo de exercer a ciência da História, surgida na França e agrupada na Revista “*Annales*”: *économies, sociétés, civilisations*”, gerando o nome “Escola de Annales”, cujos adeptos, então, seriam os historiadores que aplicavam os novos métodos. É difícil definir exatamente o que é a Escola de Annales, dada sua imensa abrangência de temas e métodos, motivo pelo qual é melhor seguir o caminho trilhado por Peter Burke, vale dizer, definindo o que ela não é. A característica essencial para entendê-la é que ela é totalmente contra o “senso comum da história”, à forma “rankeana de história”.

<sup>14</sup> BURKE, P.(org.). **A escrita da história**: novas perspectivas. São Paulo: UNESP, 1992. p. 10.

Enquanto a rankeana fazia uma história a partir dos protagonistas da história, “vista de cima”, ou seja, “dos grandes homens”, a Escola de Annales passa a utilizar a história “vista de baixo”, que é a história que não se pauta nos vencedores.

Para Ranke era necessária a fonte documental (tida por ele como a rainha de todas as fontes); já a Escola de Annales vai se abrir para outros tipos de fonte, utilizando, por exemplo, o quantitativismo - dados em massa (gráficos, fotos, dados culturais) -, fazendo, assim, uma crítica à fonte documental, mas mesmo assim sem deixar de considerá-la. É de se notar que essa alteração das fontes da história é reflexo do próprio deslocamento dos objetos de estudo, que foram diversificados.

Outra mudança reside no tipo de interrogação que se passou a formular e buscar a resposta na História. Natural: como os temas, enfoques e métodos se diversificaram, novas questões vieram à tona, e as respostas a elas também passaram a ser as mais diversas e complexas, porém não antagônicas, mas complementares.

O último aspecto levantado por Burke é que enquanto a escola tradicional procura ser objetiva, neutra, a de Annales abandona tal posição. O mito da objetividade da história é deixado de lado.

O modelo rankeano foi seguido pela academia francesa, onde surge uma corrente historiográfica tradicional: a “escola metódica”.<sup>15</sup>

Embora houvesse certo cuidado por parte de alguns historiadores em não identificar a “história tradicional” com o positivismo, Ricardo Marcelo Fonseca afirma que a ligação entre eles do ponto de vista metodológico é inegável. Os pressupostos onde se assenta a “história tradicional” são inequivocamente positivistas.<sup>16</sup>

Da mesma forma, a historiografia jurídica de um modo geral é pautada nos pressupostos epistemológicos da “história tradicional” ou história positivista. E, apesar de toda discussão metodológica sobre a qual se debruçaram as disciplinas históricas no decorrer do século XX, a História do Direito passou incólume. Daí o já referido (no item anterior) problema que repousa sobre o passado jurídico, que reside justamente na forma em que a História é abordada. O passado jurídico é

---

<sup>15</sup> Estabelecida com a fundação da “revista histórica”, em 1876, por G. Monod e G. Fagniez. Seus pilares são parecidos com os rankeanos; conclamava um trabalho rigoroso junto às fontes dos arquivos e adotava uma teoria do conhecimento na qual a relação entre o sujeito (historiador) e o objeto (documento) não é explicitado. Ibid., 28.

<sup>16</sup> FONSECA. **Direito e História...**, p. 33.



marcado por características teóricas facilmente perceptíveis nos manuais das disciplinas dogmáticas quando das “introduções históricas”. Constata-se, assim, a necessidade de se impor o desenrolar de uma nova postura que vá de encontro às premissas metodológicas positivistas que marcam a História do Direito até os dias de hoje. É o que propõe Antônio Manuel Hespanha, por exemplo.

Citado historiador do direito, ao analisar a valorização do fato, matéria prima da história positivista (e com isso colocando em xeque a neutralidade do historiador ao selecionar determinado fato), mais uma vez citado por Ricardo Marcelo, afirma que a referida historiografia se caracteriza por ser aquela que “projeta sobre o passado categorias sociais e mentais do presente, fazendo do devir histórico um processo (escatológico) da preparação da actualidade”.<sup>17</sup>

A realidade histórica como um encadeamento dos fatos traz conseqüências desarmônicas. Isso porque a escolha dos fatos pelo historiador causa invariavelmente a exclusão de inúmeros outros. Essa linha imaginária que pode ser construída a partir dessa seqüência lógica de fatos é, sobretudo, constituída sob o manto de percepções e valores do tempo do historiador; o que certamente causa uma deformação grave do passado por esta lógica da exclusão delineada.

O professor Fonseca ilustra tal aspecto afirmando que “a riqueza e inesgotabilidade do real é reduzida a uma lógica aleatória e presa a interesses que nunca são postos o nu pela sua própria metodologia”. E, no mesmo sentido, Hespanha:

Esta teoria do progresso linear resulta frequentemente de o observador ler o passado desde a perspectiva daquilo que acabou por acontecer. Deste ponto de vista, é sempre possível encontrar prenúncios e antecipações para o que se veio a verificar. Mas normalmente perde-se de vista tanto todas as outras virtualidades de desenvolvimento, como das perdas que a evolução que se veio a verificar originou.<sup>18</sup>

De uma maneira geral, para Hespanha existe mais uma conseqüência direta da utilização desse método (dito tradicional): ele faz com que o observador se distancie do passado e, ainda, com que a historiografia positivista acabe por glorificar a positividade jurídica vigente, o que, então, se dá de duas formas. Primeiro a citada História do direito cumpre um papel legitimador do direito presente ao

---

<sup>17</sup> Ibid., p. 33.

<sup>18</sup> HESPANHA, A. M. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 29.

pretender provar determinada característica do discurso jurídico: os institutos contemporâneos são assim “naturalizados” e tidos como resultado da tradição. Por outro lado, esta historiografia cumpre papel legitimador na medida em que vislumbra a linearidade histórica como algo que conduz ao progresso.

Com efeito, quanto ao referido discurso legitimador supracitado, Hespanha afirma que o Direito, apesar de *per si* ser um sistema de legitimação dos mecanismos de disciplina social, precisa também de mecanismos de um discurso legitimador, ou seja, da construção de um consenso social sobre sua obrigatoriedade. De forma exemplificativa, ele demonstra que entre as diversas “estruturas de legitimação” há a da *tradição*, que é bastante forte. E é esta estrutura que o ensino da História do Direito vem perpetrando desde o século XIX. Em suma, legitima a ordem jurídica atual pelo simples fato de ela pretensamente ter raízes profundas no passado.<sup>19</sup>

A História do Direito como discurso legitimador do *status quo* pode se utilizar também de outra estratégia, qual seja, a de tentar demonstrar que a ordem jurídica atual é o apogeu do pensamento jurídico da civilização humana, graças às sucessivas descobertas das gerações de grandes juristas, tal como na área tecnológica. O elemento legitimador desta recorrente visão é “o contraste entre o direito histórico, rude e imperfeito, e o direito dos nossos dias, produto de um imenso trabalho agregativo de aperfeiçoamento, levado a cabo por uma cadeia de juristas memoráveis”<sup>20</sup>, sendo que esta concepção resulta normalmente do fato do observador mirar o passado com as “lentes” do presente.

Com maestria o professor Antônio Manuel Hespanha conclui que:

Enfim, a história progressiva promove uma sacralização do presente, glorificando como meta, como o único horizonte possível da evolução humana e tem inspirado a chamada “teoria da modernização”, a qual propõe uma política do direito baseada num padrão de evolução artificialmente considerado como universal. Neste padrão, o modelo de organização política e jurídica das sociedades do ocidente (direito legislativo, codificação, justiça estadual, democracia representativa, etc.) é proposto como um objetivo universal de evolução sócio-política, paralelo à abertura do mercado no plano das políticas econômicas.<sup>21</sup>

Uma última estratégia legitimadora é a de conferir aos juristas uma neutralidade, vale dizer, uma despolitização, que, em verdade, não é real, pois por

<sup>19</sup> HESPANHA. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

<sup>20</sup> Ibid., p. 29.

<sup>21</sup> Id.

mais técnicas e científicas que pareçam, suas posições e decisões jamais deixarão de ser políticas ou arbitrárias. Como observou Hespanha, ainda, por detrás da postura positivista há uma noção do direito que se revela como uma ordem constituída e perfeita antes mesmo de sua aplicação, sendo que nela o passado do direito deve ser entendido em “si mesmo”, vale dizer, de maneira isolada das outras ordens não jurídicas, que ficam à margem das discussões, de maneira que se prescinde do auxílio da história social, da filosofia etc.

Para além disso, há o privilégio desmedido dado à categoria do “Estado” como algo apartado da “sociedade civil”. Ademais, outras falsas oposições aparecem e permeiam o discurso histórico-jurídico a exemplo da dicotomia do Direito Privado e do Direito Público. No entanto, o professor Ricardo Marcelo bem afirma que tais oposições são próprias do Estado Moderno, as quais, contudo, não podem ser sustentadas, pois não resistem ao teste histórico, eis que, por exemplo, o público e o privado não podiam ser dissociados em outras épocas.<sup>22</sup>

O passado assim é visto sob as lentes do formalismo jurdicista próprias do Estado moderno. “Este ‘atemporalismo’, para usar a expressão de Hespanha, necessita ser historicizado: é preciso historicizar a história do direito”.<sup>23</sup>

Grande parte do esforço em se ajustar o Direito na História e inseri-lo na história da sociedade é buscado por Hespanha na corrente metodológica francesa, voltada para a historiografia, que surge como combate a forma positivista de se fazer história: a, em poucas linhas acima esboçada, Escola de Annales.

Com efeito, a historiografia tradicional, em contraste com o que chamaremos de “a Nova História”, para utilizar a terminologia adotada por Peter Burke<sup>24</sup>, assim como praticamente todos os campos do conhecimento, é fundamentalmente marcada pelo paradigma epistemológico do positivismo.

O discurso historiográfico tradicional, pautado nas características que se tentou delinear anteriormente (neutralidade, linearidade etc.), via de regra esboça o passado como uma preparação de nossa atualidade. Em outras palavras, transpassa uma idéia de contínua evolução da sociedade, cujo ápice seria a contemporaneidade. A consequência disso, conforme já revelado, é que a História

---

<sup>22</sup> Hespanha explica: “Num plano ainda mais fundamental, o direito hoje dito “civil” não se distinguia fundamentalmente do direito hoje dito “público”, porque – nos sistemas jurídicos do Antigo Regime – o príncipe não tinha, em geral, as prerrogativas jurídicas especiais que depois foram atribuídas ao Estado (...)”. (Ibid., p. 31).

<sup>23</sup> FONSECA. **Direito e História...**, p. 39.

<sup>24</sup> BURKE, op. cit.

passa a ser um instrumento justificador da ordem social posta, naturalizando-a, transmitindo a mensagem de que ela é o único resultado possível da seqüência de eventos históricos. Em contraponto a estas veladas ideologias, é imprescindível notar que a História não é dotada de linearidade; ela é, ao contrário, uma série de descontinuidades e rupturas radicais.

Uma História que é permeada de certa linearidade pode parecer congruente, mas é uma História da exclusão, pois é o ponto de vista do historiador, o qual irremediavelmente seleciona de modo arbitrário todos os pontos de sua pesquisa, desde o tema, passando pelas fontes, até o recorte dos “fatos históricos” que narrarão o *seu* ponto de vista.

Outro problema patente dessa História é que ela projeta no passado valores e percepções do presente; o historiador acaba por ver o passado com as lentes do presente, o que não pode ser evitado. É possível, entretanto, ter consciência disso, quando se ultrapassam os limites do positivismo pretensamente neutro, o que já é de grande valia para uma História mais comprometida com as particularidades de tempo e espaço. Com o intuito de clarear tal verificação, colocam-se aqui algumas palavras do mestre Paolo Grossi quando afirma que:

Portanto, ante esta história que se estende perante nós como uma seqüência de experiências jurídicas no tempo, a tarefa primária para o historiador do Direito, em seu esforço ordenador, é consequentemente – para usar uma linguagem familiar aos juristas – uma ação de fixação dos termos, um reconhecimento dos confins substanciais entre uma e outra experiência jurídica, onde a vertente está validamente indicada não pelas realidades episódicas, mas sim pelas sólidas eleições da consciência jurídica que muda.<sup>25</sup>

A “atualização” faz com que o processo histórico seja “coerente”, e apresente apenas uma conseqüência ou resultado lógico: uma justificação do *status quo*. Daí resulta a necessidade o cuidado no seu trato. Ademais, não se deve ter a pretensão de fazer um discurso encerrado, verdadeiro. Deve-se ter cuidado para não excluir as outras verdades; isso porque, por exemplo no caso do Direito atual, ele “(...) é como que naturalizado pela história, passando a ser legitimado pela própria tradição, que de modo mais poderoso que qualquer outra racionalidade que se possa construir, demonstra como o direito de hoje somente poderia ser assim, e não de outra forma”.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> GROSSI, P. **El orden juridico medieval**. MADRID: Marcial Pons, ediciones juridicas y sociales, S.A, 1996. p. 46.

<sup>26</sup> FONSECA. **A historia do direito...**, 573.

O que acontece, então, é a naturalização do que na realidade é histórico e contingente; é “tomar como dado o que é temporalmente construído”. Convém demonstrar que com relação ao conceito de propriedade ocorre o mesmo fenômeno. Diante de tal conceito quase sempre se esquece que ele não teve sempre as mesmas características, atualmente (e só atualmente) marcado pelas do modelo napoleônico-pandectístico, é dizer, unitário, exclusivo, absoluto, e que hoje a “oficialidade dominante” incute.<sup>27</sup>

Destarte, há a necessidade de “livrar-se da idéia de que a identidade do vocabulário entre passado e presente significa uma identidade de sentido. Por trás de uma mesma morfologia geralmente há, em perspectiva histórica, uma muito diversa semântica”.<sup>28</sup> Esta é uma questão de profunda relevância que sempre deve ser considerada pelo historiador, a fim de evitar confusões.

Com efeito, o Professor Hespanha propõe a construção de uma História crítica do Direito a partir de duas estratégias.<sup>29</sup>

A primeira estratégia para sua constituição é “instigar uma forte consciência metodológica nos historiadores”, os quais devem estar conscientes tanto deste artificialismo da “realidade” historiográfica por eles criada, quanto da forma como os seus processos mentais modelam a “realidade” histórica, ou seja, do caráter “poiético” (criador) da sua atividade intelectual, e quanto das raízes sociais e culturais estão neste processo de criação.

“A segunda estratégia é a de eleger como objecto da história jurídica o Direito em Sociedade”.<sup>30</sup> O professor Hespanha propõe com esta sua segunda estratégia que o objeto da História do Direito seja, pois, o Direito conforme suas vicissitudes sociais, vale dizer, confirme a sociedade em seu tempo e espaço, não descolado, então, da realidade que o cerca.

---

<sup>27</sup> O historiador Paolo Grossi afirma que o discurso que versa sobre a relação jurídica homem x bens talvez seja o mais permeado pelo maniqueísmo. Internamente ao universo do pertencimento tomou forma no curso da idade moderna um singular arquétipo jurídico que poderíamos qualificar como napoleônico pandectístico; uma noção de propriedade não somente resolvida na apropriação individual, mas em uma apropriação de conteúdos particularmente potestativos. Historicizar o arquétipo (visão individualista e potestativa), que se transformou não no produto de uma realidade mutável tal como foi se cristalizando, mas no cânone com o qual medir a mutabilidade da realidade, é exigência óbvia e elementar para o historiador do direito. Grossi. (GROSSI, P. **História da propriedade e outros ensaios**. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 10/13)

<sup>28</sup> FONSECA. A Lei de Terras e o advento da propriedade. p. 98. In **Anuário Mexicano de Historia del derecho**, n° XVII. Universidade Nacional Autónoma de México, México, 2005. p. 98.

<sup>29</sup> HESPANHA. **Cultura jurídica...**, p. 33/35.

<sup>30</sup> Id.

Tal projeto mantém a especificidade da história jurídica e pode ser decomposto numa série de linhas de orientação.

Para Hespanha, de início, há que se ter em conta que “as normas jurídicas apenas podem ser entendidas se integradas nos complexos normativos que organizam a vida social”. Expoentes da reflexão política contemporânea convergem à opinião de que diversas são as ordens jurídicas não estatais, como a família, círculo de amigos, rotina, intimidade, usos lingüísticos etc. Nesse prisma, a Escola de Frankfurt<sup>31</sup> “problematizou a ideologia da neutralidade política e insistiu em que qualquer atividade humana tem uma componente política e disciplinadora, nomeadamente as do nível cultural e simbólico”<sup>32</sup>.

Outra das linhas de orientação mencionados é a de que o Direito deve ser tido como um produto social: “A própria produção do Direito (dos valores jurídicos, dos textos jurídicos) é, ela mesma, um processo social”.<sup>33</sup>

Por fim, afirma Hespanha que seria a terceira estratégia da História Crítica do Direito “a de insistir no facto de que a história jurídica (como a história geral) não constitui um desenvolvimento linear, necessário, progressivo, escatológico”. Há na história, sim, descontinuidade e ruptura.<sup>34</sup>

A definição de descontinuidade clarifica o papel da tradição, que de fato tem importância para o Direito; já na idéia de ruptura está implícita a natureza contextual do sentido. Então, se os sentidos, ou valores, estão sempre intrinsecamente relacionados com certo contexto, qualquer alteração neste corta o sentido ou valor de sua prévia tradição. É, pois, desta forma que o passado modela o presente: não como imposição direta de valores e normas, mas sim “pela disponibilização de uma grande parte da utensilagem social e intelectual com que se produzem novos valores e novas normas” (exemplos: *ferramentas institucionais* – instituições, papéis sociais; *ferramentas discursivas* – linguagem técnica, tópicos, modelos de argumentação e de prova, conceitos e dogmas; *ferramentas comunicacionais* – bibliotecas, redes acadêmicas ou intelectuais).<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> De 1923; formula uma teoria crítica da sociedade. A maioria de seus componentes possuía uma visão marxista e freudiana. Em sua primeira geração a Escola busca conhecimentos como da sociologia, psicologia, e outros, para fazer uma reflexão crítica da sociedade.

<sup>32</sup> HESPANHA. **Cultura jurídica**..., p. 36.

<sup>33</sup> Ibid., p. 38.

<sup>34</sup> Ibid., p.42.

<sup>35</sup> Ibid., p. 43.

A historiografia da continuidade inexoravelmente traz conseqüências no plano da política do saber jurídico – daí que não há “inocência” nesta forma de história. “A continuidade dos dogmas jurídicos (...) constitui, de facto, a via real para a naturalização do direito e dos modelos estabelecidos de poder”.<sup>36</sup>

Para Hespanha, pois, podemos ter duas leituras da continuidade, ambas prejudiciais se a intenção é realizar uma leitura crítica da História: a de “Permanência” e a de “Evolução”; a primeira se refere à permanência no tempo dos dogmas jurídicos, do diálogo intertemporal entre os juristas. A segunda institui uma visão progressista, em que a história serve para documentar a contínua luta pelo direito; a História seria a testemunha da “libertação da Razão Jurídica em relação à força, aos preconceitos e doenças infantis”.<sup>37</sup>

## 2.3 UMA HISTÓRIA DO DIREITO AREJADA NA ANÁLISE DA PROPRIEDADE

A importância de uma análise cautelosa do instituto jurídico da propriedade se apresenta, então, ante tamanha autoridade dele ao direito privado moderno, assim como para se verificar as deturpações e contradições entre a realidade histórica (fática) e a realidade formal do modelo à época de sua formulação enquanto tal.

Com efeito, a importância e a necessidade de um estudo do direito de propriedade colado às vicissitudes históricas, culturais e sociais de tempo e espaço, certamente residem na brutal contradição criada pelos problemas de trato da História levada a cabo pela historiografia tradicional, que por vezes se instala ao se fazer menção a referido instituto jurídico, vez que, entre a aura estabelecida lentamente com o sistema de propriedade moderno, há profundas incoerências e equívocos quanto às particularidades de sua formação no tempo e espaço, conforme a cultura de então, a exemplo da quase total exclusão de outras múltiplas formas de uso da terra.

Nessa seara, de grande valia é a contribuição de Paolo Grossi, que chama a atenção do historiador do Direito quanto ao estudo da propriedade no sentido de tomar-se cautela quanto aos graves riscos de ordem cultural, de maneira que tendo

---

<sup>36</sup> Ibid., p. 54.

<sup>37</sup> Ibid., p. 55.

o historiador tomado consciência deles certamente acertará seus passos para evitá-los.

Um primeiro risco seria o pesado condicionamento monocultural. Grossi afirma que “a propriedade é sempre um mínimo de pertencimento, de poderes exclusivos e dispositivos conferidos a um determinado sujeito pela ordem jurídica”. Portanto, falar somente em “propriedade”, como significante único, é ficar, pois, bem fechado no “nicho de uma cultura do pertencimento individual”, e para o citado historiador esse é um horizonte excessivamente estreito.<sup>38</sup>

Laura Beck Varela, ao tratar do assunto em recente publicação, intitulada “A Reconstrução do Direito Privado”, organizada por Judith Martins-Costa, cita outra passagem de Grossi que brilhantemente esclarece a necessária recusa à absolutização da propriedade moderna, produto histórico de uma época, onde afirma que:

A propriedade, “modelo antropológico napoleônico-pandectista”, consagração de uma visão individualista e potestativa, é apenas uma dentre múltiplas experiências jurídicas do passado e do presente, à eterna questão dos vínculos jurídicos entre homem e coisas. O termo singular, abstrato, formal, é inadequado para descrever a complexidade das múltiplas formas de apropriação da terra, que antecedem a formulação unitária, correspondente ao período das codificações.<sup>39</sup>

Sob outro aspecto, agora, Grossi constata que a propriedade no horizonte europeu se difere das culturas próprias (a exemplo das africanas, asiáticas, sul-americanas) e de planetas jurídicos diversos, onde “não é tanto a terra que pertence ao homem, mas antes o homem à terra, onde a apropriação individual parece invenção desconhecida ou disposição marginal”.<sup>40</sup>

Em seguida, Grossi assevera que o espaço europeu é um horizonte descomedidamente vinculado à “oficialidade dominante”. Mas ele afirma que por mais sepultadas que pareçam estar outras realidades, elas estão vivíssimas na montanha e nos campos, que se arrastam até os dias atuais, desde o medievo, não obstante hostilidades e brutalizações. São formas em que carece o espírito individualista; são formas primordiais de organização comunitária de uma determinada terra. O professor italiano chama tais propriedades de “propriedades”

<sup>38</sup> GROSSI. **História da propriedade**..., p.06.

<sup>39</sup> VARELA, L. B. Das propriedades à *propriedade*: construção de um direito. In **A Reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado/Judith Martins-Costa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 732/733.

<sup>40</sup> GROSSI. **História da propriedade**..., p. 07.



coletivas, que têm, em meio a mil variações (tempo e causas diferentes), uma plataforma comum, qual seja, a de ser garantia de sobrevivência para os membros da comunidade plurifamiliar, de ter um valor e uma função essencialmente alimentares.<sup>41</sup>

Por fim, particularmente tomando-se de exemplo o tema da propriedade para ilustrar os problemas da historiografia tradicional, quanto aos riscos levantados por Paolo Grossi<sup>42</sup>, ele, de maneira contundente, afirma que “não perceber um território variadíssimo na aparente oficialidade dominante, significaria sucumbir a um condicionante monocultural e empobrecer as complexidades da história”.

## 2.4 A ABORDAGEM DA PROPRIEDADE A PARTIR DA CATEGORIA “MENTALIDADE JURÍDICA”

Valendo-se de tais premissas metodológicas é que se dará a abordagem do estudo da emergência da propriedade fundiária no Brasil, situando-a como uma noção profundamente histórica.

Para tanto, utilizar-se-á a noção de *mentalidade*, muito bem construída pela Escola de Annales e exemplarmente, enquanto *mentalidade jurídica*, trabalhada por Paolo Grossi, em relação à questão da propriedade, em particular. Isso será empreendido, certamente, para uma abordagem que trate do direito de propriedade pré-moderno e moderno de maneira a conferir a cada qual as particularidades de tempo e de espaço, e, de maneira especial, abordando-se tais mentalidades com as vicissitudes e singularidades da realidade histórica brasileira, em cada qual dos períodos estruturais em análise.

Como traçar o perfil da Escola de Annales é algo que seus próprios integrantes desaprovavam, uma vez que uma de suas características foi justamente repudiar qualquer arquétipo filosófico prévio que pudesse mitigar a liberdade de abordagem na busca da “história total”; tomar-se-á como referencial suas

---

<sup>41</sup> “A velha civilística do século XIX, elevada em seu êxtase individualista, sigilou a ‘propriedade coletiva’ como uma ‘anomalia’, e dela sentiu repugnância; não repugnância mas uma individualista intolerância continuou a circular na civilística do século XX, afirmando-se que a propriedade coletiva não realiza um esquema proprietário.” (GROSSI. **História da propriedade...**, p. 08/09.)

<sup>42</sup> Ibid., p. 10.

características básicas e sua forma “alternativa” de abordar a história, como já delineado no tópico anterior.

Suas características foram basicamente a interdisciplinaridade, a busca pela história total (compreensão global da história), a passagem da história da narração para a história-problema (problematização), a nota de que história é disciplina do passado e do presente, bem como o posicionamento de que a história é uma ciência (tentativa de objetividade, estatuto de cientificidade) em construção. Além disso, marcam a Escola de Annales a forma de aproveitamento das fontes (ampliação; não utilização apenas da fonte documental), assim como uma nova e original abordagem sobre o tempo, que corresponde também a uma reação à forma tradicional de encarar a temporalidade.<sup>43</sup>

A importância da Escola de Annales para a História do Direito, ainda que seus integrantes não tenham em nenhum momento se preocupado com o Direito enquanto disciplina de estudo, reside justamente no fato de que ela traz novos domínios de história, novos métodos e novos resultados, pois não há como fazer uma História do Direito arejada sem uma interdisciplinariedade e demais características da escola de Annales. Os atuais historiadores do Direito têm então a tarefa de construir uma ponte entre Annales e suas reflexões.

Este é também o pensamento do professor Hespanha, que, embora afirme que houve um distanciamento do Direito da citada Escola, em razão de estar este ligado em sua essência à história política (de cunho positivista), defende, por outro lado, uma aproximação entre a disciplina da História do Direito e a metodologia de Annales.

A contribuição que interessa a este tópico, especificamente, é a da chamada por Hespanha de segunda fase da Escola de Annales, onde de forma abrangente se utiliza o terreno das *mentalidades* para abordar a história. Isso porque no estudo do Direito é preciso que tenhamos como domínio não apenas as leis, mas muito mais do que elas: é necessária uma análise da cultura, da mentalidade jurídica, para que não haja uma jurisdição vazia. É preciso uma problematização.

---

<sup>43</sup> Quanto a esse ponto, importante a menção ao historiador Ferdinand Braudel, da chamada segunda fase (45/69) da Escola de Annales. A história de Braudel é uma história que tenta perceber aquilo que na história é imutável, ou quase imutável. Exemplo seriam a geografia e a geografia humana. Braudel traz uma nova idéia de temporalidade, dizendo que há três níveis: factual - os fatos são coisas fugazes, e o historiador não se ocupa de fatos; conjuntural - nível de compreensão que se toma em um tempo médio de duração; e estrutural - nível das longas durações, das permanências (exemplos seriam o escravismo, as monoculturas etc). Este último nível, segundo sua concepção, seria o mais pertinente para a História. FONSECA. **Direito e História...**, p. 30.

Ronaldo Vainfas, ao tratar do tema mentalidades, afirma que Bloch e Febvre inauguraram, pois, nos primórdios dos *Annales*, o estudo as mentalidades, delas fazendo um legítimo objeto de investigação histórica; e, por outro lado, embora, ele afirme que não foram eles os primeiros a se dedicarem as estudo de sentimentos, crenças e costumes na historiografia ocidental, é com a escola de Annales que se tem uma preocupação metodológica quanto ao tema.<sup>44</sup>

Após a contribuição das premissas da Escola de Annales acerca da categoria “mentalidade jurídica”, mais precisamente no campo do Direito de Propriedade, o presente subitem se fixará na análise da definição que Grossi, a partir de leituras da citada Escola, dá ao termo mentalidade jurídica.

Grossi define como mentalidade jurídica aquele complexo de valores circulantes em uma área espacial e temporal capaz, por sua vitalidade, de superar a diáspora de fatos e episódios espalhados, bem como de constituir o tecido conectivo escondido e constante daquela área. Deve, portanto, ser colhido como “realidade unitiva”. Assim sendo, para ele:

o seu terreno é sem dúvida congenial e familiar ao jurista, um intelectual dominado, devido a sua natureza (porque ajusta sempre as contas com o nível dos valores) por uma íntima tensão à sincronia e ao sistema, isto é, à unificação orgânica dos dados.<sup>45</sup>

Para ele o historiador deve se sentir à vontade no campo das mentalidades, o que fará em razão de os valores permearem a totalidade da experiência, com atitude prevalentemente sistemática, já que os valores tendem a permanecer, sendo que, segundo ele, é aí que o jurídico tem suas raízes.<sup>46</sup>

Com efeito, talvez seja na propriedade, mais que em qualquer outro instituto do Direito, que se exalta o que se disse do jurídico.<sup>47</sup> Por isso, então, que a propriedade é mentalidade profunda.

---

<sup>44</sup> Ainda Vainfas cita a definição do que para Le Goff significava a mentalidade: “A mentalidade de um indivíduo histórico, sendo esse um grande homem, é justamente o que ele tem de comum com outros homens de seu tempo”, para quem ainda: “O nível da história das mentalidades... é o que escapa aos sujeitos particulares da história, porque revelador do conteúdo impessoal de seu pensamento (...)”. VAINFAS, R. História das mentalidades e história cultural. In **Domínios da História: ensaios de teoria e metodologia**/ Ciro Flamarion Cardoso, Ronaldo Vainfas (orgs.). Rio de Janeiro: Campus, 1997. p. 132 e 143.

<sup>45</sup> GROSSI. **A história da propriedade...**, p. 30.

<sup>46</sup> Id.

<sup>47</sup> “(...) porque ela, rompendo a trama superficial das formas, liga-se necessariamente, por um lado, a uma **antropologia**, a uma visão do homem no mundo, e por outro em graça de seu vínculo estreitíssimo com interesses vitais e de classes, a uma **ideologia**”. (grifos nossos) (Ibid., p. 31.)

O professor Paolo Grossi, também ao estudar a sociedade medieval, parte da opção metodológica da citada mentalidade jurídica. Dessa forma, para ilustrá-la, a fim de lhe conceder melhor forma, ele afirma que:

(...) o Direito se manifesta através de um universo de signos que são os mil institutos da organização e da circulação jurídica, cúspide que afloram de um enorme universo submerso de valores históricos, que é precisamente o substrato da mentalidade (...).<sup>48</sup>

A partir de tal verificação se percebe que a análise feita pelo historiador do Direito dos institutos jurídicos não pode ser meramente formal, mas deve dotar-se de uma percepção de que o conhecimento alcançado com as técnicas postas em funcionamento por operadores do direito, ou pelos particulares, deve ser entendido como o instrumento para descer mais a fundo para entender aquele universo não escrito, mas presente e gravitante, que é o terreno das mentalidades jurídicas. Continua Paolo Grossi:

(...) uma específica eleição técnica na construção de uma instituição jurídica é o signo de uma eleição mais comprometida produzida no nível do costume jurídico, tem um fundamento verdadeiramente antropológico e diz respeito à visão que uma civilização histórica tem das relações entre homem, sociedade e natureza. É o terreno das mentalidades uma força invisível, impalpável, mas incisiva, que imprime ao universo jurídico um caráter preciso.<sup>49</sup>

Destarte, é necessário também que o historiador da cultura e da sociedade compreenda que os institutos jurídicos traduzem-se em formas que são, freqüentemente, a ponta de um grande edifício, construído sobre valores, e que a esses valores pede antes de mais nada o seu ser direito, regra observada e respeitada por traduzir as fontes mais vivas de um costume, religião, crenças. Tal premissa, para Grossi, pode, quem sabe, explicar o notável atraso da construção jurídica de uma nova propriedade: a moderna, que leva consigo ambivalências, contradições, incertezas.

Por outro lado, importante verificar que do emaranhado das mentalidades é a jurídica que o historiador quer evocar; ele quer, pois, chegar a uma propriedade como construção jurídica, no seu percurso de compreensão. Não de forma a causar um isolamento de fontes jurídicas, como se apenas nelas repousasse o substrato do

---

<sup>48</sup> GROSSI. *El orden...*, p. 28. Tradução livre.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 28/29. Tradução livre.

historiador do direito, mas com o fim de ao abordá-las possibilitar uma verificação e identificação do próprio objeto cognoscitivo e do mecanismo de conhecimento.<sup>50</sup>

Observa-se, deste modo, uma ressalva de Paolo Grossi ao afirmar que se eleva a ciência como “fonte príncipe” para reconstruir uma mentalidade jurídica, mesmo que:

de modo reduzido no Estado de direito moderno, em que ela foi expropriada do ofício de produzir – ou de colaborar a produzir – a *regula iuris*, de modo pleno nos ordenamentos não legalistas em que à ordem dos juristas está entregue o ônus e o privilégio da produção e da adequação.<sup>51</sup>

A ciência, pois, como fonte primária da qual deve partir o historiador do Direito, foi exaltada ao máximo no direito comum clássico, do século XI ao XVI, por dois motivos, conforme Grossi:<sup>52</sup> porque a ciência é produzida no centro da cidade terrena, empenhada, então, na construção das arquiteturas jurídicas da sociedade; e porque não ainda havia sido apanhada pelo formalismo.

A mentalidade jurídica circulante é, contudo, um terreno impalpável e invisível, alcançável somente através de seguros instrumentos de acesso como aquelas ordens da vida cotidiana.<sup>53</sup>

A ordem da vida cotidiana, manifestações vitais de uma esfera social, são as estruturas que expressam com fidelidade o Direito como experiência e mentalidade; estas estruturas são as que estão menos condicionadas pelas ingerências da autoridade e nos transmitem a mensagem mais genuína das forças – espirituais, culturais e sociais – efetivamente circulantes na sociedade.

---

<sup>50</sup> GROSSI. *História da propriedade*..., p. 35.

<sup>51</sup> Ibid., p. 35.

<sup>52</sup> E continua: “O problema da vigência das fontes romanas e as soluções inventadas pelos doutores na crise da abordagem entre aquelas fontes remotas e a realidade quotidiana medieval e protomoderna o demonstram. Demonstram que eles não são personagens livres de condicionamentos formalistas, mas têm recursos de desinibição, de fantasia, de consciência histórica tais que os superam, ou ao menos que os imunizam, constituindo cordões umbilicais que não podem ser cortados com a realidade afetiva”. (Ibid., p. 37/38).

<sup>53</sup> Grossi identifica sendo exemplos desses instrumentos seguros, dessas ordens da vida cotidiana, as adoções e tutelas, vendas e arrendamentos, testamentos (institutos que hoje qualificaríamos de Direito privado). GROSSI. *El orden*..., p. 29.

### 3. NASCIMENTO DA PROPRIEDADE MODERNA: A EXPERIÊNCIA EUROPÉIA

Para compreendermos as mudanças ocorridas no Brasil no que tange às noções jurídicas e políticas pré-modernas, e, até mesmo, às modernas – ainda que de modo cauteloso devido à imensa distinção histórica brasileira e européia – devemos atentar aos acontecimentos econômicos, culturais e políticos daquele continente. Isso porque a Europa ocidental, devido à colonização, por um lado, e até mesmo em razão do modelo de mundo que ainda costumamos “importar”, nos deixou um legado cultural e institucional complexo trazido de suas raízes. Portanto, faz-se mister um retorno às raízes européias.

#### 3.1 PREMISSAS ORDENADORAS DA ORDEM JURÍDICA MEDIEVAL

Ao se abordar o tema “mentalidade jurídica medieval européia”, deve-se delimitar sua abrangência, especialmente em razão dos fins aqui propostos, de maneira que, adentrando o estudo da civilização jurídica medieval, se terá como campo de observação o espaço europeu. De outro lado, assim como já feito por Paolo Grossi, partir-se-á de um ângulo de observação pautado no Direito Privado. Será europeu o campo de observação, pois, para Grossi, nenhuma civilização jurídica conheceu um tecido unitário tão autenticamente europeu quanto a medieval.

(...) é fácil constatar a presença de um mosaico político muito arraigado que, no curso da época medieval, se nos mostra cada vez mais como fragmentação de uma unidade, do mesmo modo é também fácil constatar que o tecido jurídico continua conservando sua substancial capacidade unitária. O mosaico dos Direitos estatais, profundamente fragmentado ao qual estamos acostumados até hoje, os modernos, é um acontecimento histórico posterior cuja realidade embrionária aflora no momento de máxima decadência da civilização medieval (...).<sup>54</sup>

A qualidade unitária do Direito medieval é o que demonstra aquela civilização em seu momento de maior maturidade. Desde o século XII até o século XIV, é a época em que os historiadores chamam o Direito no medievo praticado de “Direito comum”.

---

<sup>54</sup> Ibid., p. 30.

O “Direito Comum” era, pois, o Direito praticado numa sociedade em que o pensamento social era dominado pela idéia de “corpo”, nas palavras de Hespanha, na idéia de organização “supra-individual”.<sup>55</sup>

A sociedade medieval era marcada pela característica corporativa – de ordens – de maneira, então, anti-igualitária, devendo, por isso, ser compreendida em suas partes diferentes com respectivas funções diferenciadas, mas que compõem um uno, um corpo. Cada um possui um lugar naquele mundo hierarquizado, e o equilíbrio estava, pois, nas diferenças desse corpo, de maneira que ao mesmo tempo em que é harmonizada, a sociedade medieval, é hierarquizada, é vertical.

Cada um dos corpos possui uma harmonia, e, ao mesmo tempo, uma *iurisdictio*, que determinava uma espécie de se auto-regular, que era própria de cada ordem. A partir disso, era logicamente impensável uma ordem centralizadora de poder (um Estado); o Estado criará sua possibilidade de aparição apenas no final da Idade Média. A sociedade medieval era, do ponto de vista político, plural, e, conseqüentemente, havia um pluralismo jurídico.

Hespanha ao tratar da irredutibilidade dos corpos e do anti-individualismo da já citada representação corporativa da sociedade medieval, assim resume essa concepção social:

De tudo isto resultou uma concepção social que: (a) valoriza os fenômenos grupais ou coletivos; (b) que considera o poder como algo originariamente repartido (e não apenas *delegado* ou *dividido pelos poderes do Estado*) por múltiplos corpos sociais, cada qual dotado de autonomia política e jurídica exigida pelo desempenho da sua função social; (c) que reserva ao poder político global apenas a função de garantir esta autonomia e especificidade do estatuto social de cada corpo (fazendo justiça, *i. e.*, *suum cuique tribuens*) e assegurando, desta forma, a paz (*harmonia, caharentia*); (d) que apenas vê o indivíduo como parte de grupos e os seus direitos e deveres com reflexos do estatuto (“foro”) dos grupos em que se integra; (e) e que recusa a distinção, própria do pensamento moderno, entre “sociedade civil” e Estado (ou “sociedade política”).<sup>56</sup>

No Direito Comum se fala de uma realidade que abarca três formas de ordem jurídica: o direito romano, o direito canônico e os direitos locais; as três se complementavam e uma não excluía a outra.<sup>57</sup>

<sup>55</sup> HESPANHA, Antônio Manuel. **História das Instituições**: épocas medievais e moderna. Coimbra: Livraria Almedina, 1982. p. 205.

<sup>56</sup> Ibid., p. 211.

<sup>57</sup> Lembrar que o direito romano chega na Europa da Idade Média já reinterpretado, não mais aquele direito romano genuíno. Chega após a queda do Império Romano. O interesse pelo Direito Romano nasce com a pretensão de uma continuidade daquele Império (herdeiros políticos queriam ser também herdeiros jurídicos), no entanto, esse interesse não extingue os demais, é subsidiário: quando não havia solução; e é modelo: critério de análise dos direitos locais (de razoabilidade).

Por outro lado, ao se estudar a Idade Média é importante perceber que para nós, irremediavelmente seguidores, conscientes ou inconscientes, do positivismo jurídico, a atenção primeira do ordenamento remonta ao momento de produção do Direito; o temor sempre dominante é para uma interpretação que chegue a ser força autônoma e que rompa o rigoroso monopólio legislativo inteligente e querido pelo poder burguês em sua luminosa consciência do enorme valor do Direito no Estado e para o Estado. Isso porque, na civilização medieval, livre do positivismo, toda a atenção é para o intérprete e para sua fecunda atividade, vez que esta é a única capaz de traduzir os valores da constituição escondida, da ordem jurídica fundamental, em regras vivas e eficazes da vida.<sup>58</sup>

Outra premissa metodológica importantíssima para a compreensão da experiência jurídica medieval é a correta percepção da disponibilidade cultural e dos padrões mentais que a permeiam. Isso porque o Direito medieval apresenta particularidades que devem ser levantadas, para uma compreensão mais colada à realidade daquele sistema. Também se deve deixar de lado o “hábito” de rechaçar o conjunto de valores e crenças que a modernidade repeliu e considerou como “incorretos”; e, ainda, perceber que se trata de um tempo histórico fortemente marcado por sua própria tipicidade.

Com efeito, assim como demonstrado no capítulo antecedente, o Direito medieval deve ser analisado a partir de sua singular existência, vale dizer, é importante perceber que há uma substancial descontinuidade entre ele e o Direito clássico, bem como entre ele e o Direito moderno. A experiência jurídica medieval é ímpar. Por isso, é necessária máxima cautela ao se comparar citada experiência tanto com a experiência jurídica que a antecede quanto com a que a sucede.

Oportuno e responsável, por parte do historiador, portanto, que ele não tome, por exemplo, o medieval como persecução do romano; e, por outro lado, transporte “ao medievo, sem filtros adequados, os conceitos, e a linguagem que nos são próprios e naturais”.<sup>59</sup> Exige-se, por isso, uma disponibilidade do historiador, a ponto de tomar “um banho interior” que afaste de seus olhos as eventuais lentes

---

<sup>58</sup> GROSSI. *El orden...*, p. 37.

<sup>59</sup> GROSSI. *El orden...*, p. 32.



deformantes, as quais não permitirão a constatação da essência de uma experiência histórica, como o é o medievo.<sup>60</sup>

A utilização de termos como “Estado”, “soberania”, “lei”, “legalidade”, carregados de conteúdo que a consciência moderna foi lentamente sedimentando neles, é ameaçadora, já que são conceitos e termos comprometidos, pois, com aquele conteúdo. Ao utilizar-se de conceitos modernos para estudar o medievo, como se houvesse uma continuação que ligasse aquele tecido aos nossos dias, pode-se cair em perigosos mal entendidos e equívocos, o que se dá em razão de que é preciso se ter em mente que a relação entre o medieval e o moderno é, como dito, um caso de descontinuidade como decorrência de uma mudança de valores extraídos de um universo político e jurídico.

E deixando de lado, no estudo do Direito medieval, aqueles mitos que nos foram inculcando sobre a Idade Média como “Idade das trevas”, como uma certa debilidade histórica, estaremos num caminho mais ameno,<sup>61</sup> pois tais idéias depreciadoras são certamente errôneas e perigosas, vez que sob essa perspectiva se falseia a realidade, o que, felizmente, vem sendo combatido pela historiografia mais recente.

Pelo fato de o medievo ser marcado por um planeta jurídico intensamente assinalado por sua integração, em que as regras jurídicas estão em concordância com o patrimônio subjacente de valores que são sua base, sua análise deve ser sincrônica, ou seja, deve ser feita de forma a contemplar as regras com as forças circulantes naquele seio social. Deriva daí, então, o cuidado que se deve ter a fim de evitar fáceis e simplificadas comparações diacrônicas.<sup>62</sup>

Como traçado no Capítulo antecessor, a autêntica História é a investigação dos fundamentos mais sólidos, investigação de uma identidade essencial acima do meramente fático. Com efeito, “o verdadeiro historiador atende a um passado que é

---

<sup>60</sup> Laura Varela explica: “A equiparação entre *jus* (enquanto direito subjetivo) e *dominium*, ou a atribuição de caráter individualista e absoluto à propriedade romana, é fruto da construção da ciência jurídica moderna, que não guarda relação com o sentido originário da propriedade romana, tampouco com a leitura que dela faziam os juristas medievais”. (VARELA. Laura. **Das propriedades...**, p. 735).

<sup>61</sup> Grossi afirma: “(...) o historiador do Direito pode unir sua voz com plena consciência para combater tal falseamento: a construção medieval de uma intensa originalidade em virtude de sua intensa historicidade; um complexo harmônico de construções típicas porque respondiam e eram adequadas às exigências históricas, estavam fundadas em novos valores emergentes e, enquanto tais, eram expressivas da sociedade em suas mais remotas raízes. GROSSI. **El orden...**, p. 31. Tradução livre.

<sup>62</sup> Id.

somente uma realidade extinta, mas que é mais um momento indissolúvel da vida, a que o historiador e seu presente voltam a dar vitalidade e vivacidade”.<sup>63</sup>

Assentadas essas primordiais advertências, capazes de, pelo menos, desvelar a falsa continuidade na História, passar-se-á a um estudo mais próximo do medievo jurídico.

### 3.2 MENTALIDADE JURÍDICA MEDIEVAL

De início, partir-se-á de mais uma contribuição de Paolo Grossi ao tratar do sistema jurídico medieval, que se traduz no fato de ele utilizar o termo “ordem jurídica medieval”. Isso acontece porque para ele nunca o Direito foi tão bem representado e constituído na dimensão radical e fundante da sociedade como na Idade Média, de maneira a respeitar a desordem e a mutabilidade do cotidiano.

A sociedade medieval é jurídica porque se pauta no Direito, porque jurídica é a sua “mais profunda constituição”. Há, pois, uma ordem que não se deixa deteriorar

pelos episódios grandes e pequenos das vicissitudes históricas, porque se situa além do poder político e de quem o exerce, desvinculado das misérias e da cotidianidade, colocado no terreno profundo e seguro das raízes supremas, dos valores. Um valor imanente à natureza das coisas, e um valor transcendente, o deus (dios) nomoteta da tradição canônica, um em absoluta harmonia com o outro, segundo os ditames da teologia cristina, constituem um *ordo*, um *ordo iuris*. (...) manifestações jurídicas que das regras passageiras e contingentes da vida cotidiana sofrem sem censura (...).<sup>64</sup>

Na experiência jurídica medieval cada fonte jurídica possui um caráter francamente interpretativo. No entanto, não se pode dizer que o Direito é apenas *interpretatio*; ele é mais que isso. Grossi afirma que ele é uma “dimensão ôntica” que se pressupõe, muito embora certamente se manifeste como interpretação (de cada coisa que há, que somente se pode declarar, integrar, corrigir etc.).

O notário medieval é principalmente um intérprete. Isso se compreende em razão de que na Idade Média o Direito comum europeu tem um rosto científico e não legislativo, em consequência, até mesmo, da ausência da figura do Estado.

Grossi mostra que na Idade Média (a pré-modernidade européia) prevalecia a figura do *todo* sobre o *singular*. Havia uma reflexão muito particular acerca da

<sup>63</sup> GROSSI. *El orden...*, p. 35.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 36.

propriedade e dos "direitos reais" ligada às coisas, de modo que o indivíduo está efetivamente inserido nesta. É uma visão objetiva da ordem natural social. Assim, não há espaço para a figura do proprietário. Neste período inexistia a presença do Estado, o Direito está separado da Política, e a propriedade aparece nas posições de efetividade econômica.

Na chamada "civilização possessória", a coisa assume a função de elemento primário de ordem, dotada de normatividade intrínseca. Logo, não é a coisa a ser moldada em função do "proprietário", mas é ela que assume o poder tanto quantas forem as dimensões por ela atingidas no âmbito econômico e no social. Laura Varela afirma que naquele espaço havia, pois, um complexo de situações jurídicas *in re* que assumia as mais variadas formas, tendo como centro irradiante a coisa *res*

(...) (ao invés do sujeito voluntarista), sob o signo da efetividade da utilização econômica. Exemplo desta concepção da *res* como centro irradiador do ordenamento possessório é revelado pela *Gewere* do antigo Direito germânico – termo que se reveste de significações diversas, ora o conteúdo econômico do senhorio que sobre ela se exercia, ora o ato pelo qual se transfere um imóvel.<sup>65</sup>

A parte jurídica das relações reais que convencionalmente poderíamos chamar de medieval se delineia com nitidez no ruir do velho edifício estatal romano e da cultura jurídica que lhe estava conectada, no esfacelo social, na crise da produção econômica, no encolher-se do comércio, no esvaziar-se das cidades; enfim, quando se inverte a relação homem-natureza e novos valores fundantes começam a deixar sua marca no mundo jurídico.<sup>66</sup>

No universo medieval, pois, as forças e regras primordiais escritas sobre as próprias coisas serão o crescer da nova civilização em um clima de uma humildade perceptível. O ordenamento se espelha nas coisas. O jurídico não é mais o conjunto de formas supra-ordenadas, mas sim o conjunto de mandamentos marcados por uma aderência à realidade objetiva; identifica-se, portanto, como formas incapazes de separarem-se das estruturas.<sup>67</sup>

Talvez o aspecto mais caro da civilização medieval seja o fato de que o território do jurídico acaba por confundir-se com o mundo dos fatos. Não será mais a dimensão da *validade*, a correspondência a um modelo (a um "arquétipo" nas

<sup>65</sup> VARELA. **Das propriedades...**, p. 736.

<sup>66</sup> GROSSI. **História da propriedade...**, p. 42.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 42/43.

palavras de Grossi), que medirá a juridicidade de um dado, mas acima de tudo sua *efetividade*. Ao passo que se tem esse primado do objetivo e do efetivo, tem-se, por outro lado, o triunfo das situações ligadas à efetividade. Todo exercício no seu estender-se no tempo é consubstanciado de uma força tal a ponto de consentir-lhe uma clara incidência no âmbito do Direito até o lugar do jurídico que é a realidade; o exercício tende, pois, a se inserir na coisa como uma realidade viva.

O exercício de poderes sobre a coisa, de expropriação substancial daqueles poderes, torna-se-o também formalmente, enquanto o ordenamento oferece ao sujeito exercente, em nome de superiores exigências objetivas, a própria investidura da juridicidade”.<sup>68</sup>

O sistema das situações reais que se apresenta e se forma leva em si traços particulares, afirmando a sua conjunção a um mundo bem diferente do clássico, onde o que conta são os mil exercícios efetivos já definitivamente realizados na consciência comum e tornados socialmente e economicamente os protagonistas da experiência. O núcleo do sistema se desloca para formas diferentes de propriedade.<sup>69</sup> O ordenamento assume como próprias forças promotoras a aparência, o gozo, o exercício, isto é, presenças vivas na dimensão factual. Não se desmente o *dominium* do antigo titular cadastral, mas ele é desvitalizado por esvaimento.<sup>70</sup>

A mudança cultural, por seu turno, está escondida e operando no terreno da mentalidade.

O direito de propriedade é, pois, destacado da figura de um sujeito individual e englobado numa enorme gama de poderes que emergem da coisa. A idéia de propriedade (exclusiva e pessoal) é completamente impensável ante a emergência, a partir da própria coisa, de inumeráveis usos e poderes autônomos que da coisa mesma podem provir.<sup>71</sup>

<sup>68</sup> Ibid., p. 44.

<sup>69</sup> A realidade feudal não afastava outras formas de propriedade, a apropriação de bens, sendo permitido ao vassalo, inclusive, dispor de outras terras fora do benefício que lhe tinha sido concedido pelo senhor “isso significa que a propriedade medieval não era estabelecida apenas com base no parcelamento feudal da propriedade. José Luiz de Los Mozos arrola, além do feudo, outros tipos proprietários: a propriedade senhorial; propriedade comunal; propriedades eclesiásticas, municipais e de universidades; propriedade alodial ou livre de outras. Pode-se falar, então, em propriedades. Ainda que a propriedade feudal parcelada, feudos, seja a que representa com mais exatidão a relação homem terra na época.” (CORTIANO JUNIOR, E. **O discurso jurídico proprietário e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 24/25).

<sup>70</sup> GROSSI. **História da propriedade**..., p. 44/45.

<sup>71</sup> FONSECA. **A Lei de Terras**..., p. 100/101.

Cabe ressaltar por ora que a tão citada descontinuidade histórica se faz presente quando da substituição de uma mentalidade marcadamente proprietária, como a romana, por uma civilização possessória, dominada por um vigoroso princípio de efetividade, como a medieval.

Trata-se de um ambiente histórico em que é claro o primado do todo sobre o singular, e onde, portanto, a figura do sujeito proprietário – dependente de uma visão individualista e antropocêntrica – ainda não encontra lugar. É o plano da objetividade que ressalta, onde há o primado da coisa e do contexto natural em detrimento do arbítrio da vontade do sujeito.<sup>72</sup>

Serão inúmeras figuras a emergir do vivo da experiência, fatos normativos repletos de conteúdos econômicos que dessa economicidade latente retiram a própria normatividade. Uso, exercício, gozo: situações que demonstram a familiaridade do homem com as coisas.

Nesse ponto, uma ressalva a ser destacada é a afirmada por Grossi, na obra que baliza o presente estudo: “A propriedade e as propriedades na Oficina do Historiador”. Nesta ele afirma o uso das terminologias romanísticas: “propriedade” e “direitos reais sobre coisas alheias”; adverte, porém, que se trata de linguagem incorreta para caracterizar uma cultura tão pouco romanística e proprietária, como era a medieval.<sup>73</sup> O “real” medievo se divide em ordens *lato sensu* possessórias como expressão de uma civilização possessória, onde o possessório vale como economicamente e socialmente efetivo.

Na Idade Média, torna a exibir-se o antigo *dominium* romano, em meio a um reflorescimento de modelos culturais e, juntamente, de instrumentos interpretativos e inventivos romanos, sendo reproposto como supremo modelo de legitimação de toda ordem jurídica real e, talvez, de toda ordem jurídica (diferentemente da época de sua vigência originária, portanto). Em outras palavras, o significante *dominium* oriundo da sociedade romana, adquire novo significado na época medieval.

As forças liberadas na oficina medieval, tornadas mentalidade circulante, adquiriram, porém, uma falta de ingerência, sendo que é o *dominium* que as suportará e será fortemente por elas modificado. Com isso, a realidade leiga (inculta) e incômoda, constituída pelo fato complexo “exercício-gozo”, na sua efetividade e autonomia, é acobertada pelo não adequado e solene domínio.

---

<sup>72</sup> Ibid., p. 99/100.

<sup>73</sup> GROSSI. *História da propriedade...*, p. 47.

Comentou-se acima que a noção de *dominium* resgatada dos romanos pela ordem jurídica medieval é por esta aplicada de modo distinto do original. Cabe agora demonstrar mais minuciosamente a noção de *dominium* da Idade Média, adequando-se a ela suas peculiaridades em relação à noção clássica, com continuidade basicamente apenas no que pertine à questão terminológica.

Para além da idéia romana de “domínio”, a Idade Média produziu a de “domínio útil”<sup>74</sup> (que em sua essência revela uma contradição, vez que o substantivo diz respeito “ao reino da soberania do indivíduo, as capacidades expansivas da vontade, enquanto o adjetivo arrasta aquela capacidade a uma esfera que não se lhe adapta, a um nível mais baixo de terrestriedade quotidiana, em que as coisas são usadas e gozadas, mas em que não é correto falar de virtude, de soberania, de capacidade”), o que se revela como fruto do indispensável contágio entre o plano da efetividade e o da validade; como o conjunto das certezas medievais repensado “romanisticamente”, em termos de *dominium*. O domínio é trazido, portanto, para o ordenamento salvar a obtenção das situações efetivas de gozo e exercício a partir das esferas mais sensíveis do real.<sup>75</sup>

Observa-se que o jurista da alta Idade Média diante de uma realidade fática, que para ele tem grande carga normativa, não pode deixar de atribuir ao ressurgido instituto do domínio a indispensável (para a época) noção de utilidade.<sup>76</sup> Daí resulta que sua principal identidade naquele tempo e espaço é uma mentalidade profunda.

O *dominium* mesclado de terrestriedade, vale dizer, um gozo que se torna *dominium*, é também característica de uma ciência jurídica perfeitamente inserida em seu tempo, comprometida na tarefa de traduzir em termos e esquemas jurídicos os valores da mentalidade circulante. O domínio útil é então a tradução em termos jurídicos de uma mentalidade do primado do efetivo; é a mentalidade “possessória” do alto medievo.

---

<sup>74</sup> “Nesta mentalidade de plúrimas propriedades ou formas de apropriação de bens, paradigmática é a figura do *domínio útil*, verdadeiro denominador comum da mentalidade proprietária de então. O adjetivo *útil* indica a atribuição de um conteúdo ao conceito romano, conteúdo que se vincula à efetividade da utilização do bem. Atesta o reinado da efetividade e a impossibilidade de uma fórmula abstrata, de um vínculo *puro* de relações entre o homem e as coisas”. (VARELA. **Das propriedades...**, p. 736.).

<sup>75</sup> GROSSI. **História da propriedade...**, p. 49/50.

<sup>76</sup> “A noção de *utilitas*, que provém da forte noção de *dominium utile*, é prevalente e exalta diante do titular do bem, que é aquele dotado do seu *dominium directum*, ligado à noção de *substantia*. De fato no regime medieval da propriedade a *utilitas* (ou as várias e inumeráveis utilidades que provém da coisa) tem uma visível prevalência sobre a substancia do titular do bem.” <sup>76</sup> (FONSECA. **A Lei de terras...**, p. 101.

Vale frisar que o *dominium* medieval pouco tem a compartilhar com a propriedade moderna. No entanto, os *dominia* constituem sempre uma propriedade: “são sempre uma resposta à procura daquele momento mais intenso do pertencimento que, com as suas já assinaladas descontinuidades, é porém o fio condutor que liga o *dominium* clássico, os *dominia* dos Glosadores, a propriedade dos Pandectistas.”<sup>77</sup>

Paolo Grossi, ao debruçar-se sobre o *continuum* e o descontínuo, sobre o tema da “propriedade”, na Idade Média, esclarece que aquele reside na utilização do termo comum, e este está, ao contrário, no conteúdo das soluções que toda civilização modela sob medida.<sup>78</sup>

A certeza medieval de que o *dominium* não cai do sujeito sobre a coisa, mas nasce da coisa, somada à proposição de mais propriedades fracionadas sobre a mesma coisa, não pode deixar de tornar mais instável, mais vaga, a fronteira entre propriedade e direito real limitado.<sup>79</sup>

Para o historiador que pretende verificar a real situação da “propriedade” no medievo, é fundamental que se compreenda que o domínio útil, em sua essência, nada mais é senão um grande projeto científico que pretende desenhar figuras jurídicas em perfeita coerência com a mentalidade circulante.

Se o domínio útil é a ponte saliente de um projeto jurídico, se esse projeto tem solidez e clarividência porque se funda na mentalidade fortemente sedimentada, e por isso profunda, de uma comunidade histórica, ter-se-á uma página realmente nova na história da propriedade somente quando uma nova mentalidade jurídica se tiver consolidado.<sup>80</sup>

Foi o que lentamente aconteceu. Aquela noção de “propriedade”, numa verdadeira civilização possessória, dominada por um vigoroso princípio de efetividade, vai cedendo espaço (a partir do século XIV) a outra que traz à tona a figura do sujeito. Ocorreram várias fissuras na reflexão medieval, e vale frisar também que este não foi um movimento linear contínuo. É o que se verá no tópico a seguir.

<sup>77</sup> GROSSI. *História da propriedade...*, 55.

<sup>78</sup> Id.

<sup>79</sup> Grossi explica: *dominia e iura in re* não constituindo – como é no moderno direito civil – uma antítese lógica, mas exprimindo uns e outros, de algum modo, uma participação na esfera geral da propriedade, aparecem sustentados por uma tensão que os acomuna. (GROSSI. *Historia da propriedade...*, p. 57/58).

<sup>80</sup> Ibid., p. 62.

### 3.3 PASSAGEM DA MENTALIDADE JURÍDICA PRÉ-MODERNA À MODERNA

O processo de mudança da mentalidade jurídica pré-moderna para a mentalidade jurídica moderna é um processo lento e moroso, que leva cinco séculos, do XIV ao XIX, e que somente tem seu êxito final com uma efetiva reviravolta da mentalidade, que inicia no fim do século XVIII com o Código Civil francês.<sup>81</sup>

A operação propriedade moderna tem uma natural sincronia com a mais ampla renovação antropológica que dá vida a uma civilização moderna e tem seu começo naquele século tão repleto de antecipações para o historiador e para o jurista: o século XIV.<sup>82</sup>

Rompe-se a estabilidade de uma ordem que havia fundado seu substrato sobre as coisas.<sup>83</sup> O sujeito, fortalecido por um florescimento sapiencial, tem um estímulo dúplice do interior e do exterior a procurar fundações novas, e, sobretudo, a procurá-las dentro de si, *ajustando as contas exclusivamente com ele mesmo*. As velhas propriedades estavam no real, escritas nele; do contrário, o novo encontrará no real apenas uma manifestação externa, um campo de ação eficaz pelo que potencialmente já existe no interior do sujeito e que pede somente para exprimir-se e concretizar-se.<sup>84</sup>

A citada noção da coisa, em especial os bens de raiz como a terra, aquela não moldada em função do “proprietário”, mas sim aquela que assume o poder tanto quantas forem as dimensões por ela atingidas no âmbito econômico e social, acaba por ceder espaço quando da emergência (a partir do séc. XIV) de outra noção de propriedade, que traz à tona a figura do sujeito.

---

<sup>81</sup> Id.

<sup>82</sup> Ibid., p. 63.

<sup>83</sup> “A revolução Francesa, paradigma de uma época, ‘revolución constituyente y conformadora a la larga no solo para el caso de Francia’, simbolizou a ascensão da burguesia, libertação do homem em relação às rígidas estruturas hierarquizadas do medievo e ao poder absoluto do monarca do *Ancien Regime*. O âmbito do *mercado* será o espaço privilegiado dessa libertação em relação aos poderes verticais da sociedade anterior, à medida que se tecia uma complexa rede de relações horizontais, baseada no modelo das trocas, supostamente livre de poder e de dominação. Resultou no plano das mentalidades, numa completa dissociação entre poder político e econômico, entre sociedade civil e Estado – realidades dicotômicas que correspondem, no Direito, a uma rígida separação entre o direito público e o privado, entre Constituição e códigos civis.” (VARELA. **Das propriedades...**, p. 738/739.).

<sup>84</sup> GROSSI. **História da propriedade...**, p. 63.



Isso se deu em decorrência de diversas fissuras na reflexão medieval,<sup>85</sup> movimento este que não foi um movimento linear contínuo, frise-se. Porém, dentro da perspectiva das citadas fissuras, convém abordar, por sua pertinência, a reflexão franciscana sobre a pobreza, na parte que tange à propriedade, em particular, vez que tal reflexão é a mais próxima da idéia que aqui se pretende passar. E é a partir de uma formulação nova da noção de homem (essencialmente espiritual), afastado da intrincada relação com a coisa e colocado como autônomo em relação aos bens, que se pauta a citada reflexão.

O professor Ricardo Marcelo Fonseca descreve, em poucas palavras, a reflexão franciscana:

(...) formulando uma nova noção de homem (como aquele que, na caridade e na vontade, é um ser essencialmente espiritual), afasta-o daquela intrincada relação que ele sempre teve com as coisas na reflexão medieval, colocando-o como um ser apartado e autônomo com relação aos bens.<sup>86</sup>

A partir de então se permitiu uma visão do sujeito desprendido da realidade e que, de fora, pode construir uma nova relação com os bens.<sup>87</sup> Agora o sujeito toma o lugar da coisa e passa a ser a referência metafísica base para compreensão do mundo.

Com efeito, a emergência da subjetividade<sup>88</sup> na modernidade, aliada à idéia franciscana de que o homem é o senhor de suas paixões e desejos, traz consigo a crença na capacidade de se dominar e, conseqüentemente, dominar todas as coisas.

<sup>85</sup> Paolo Grossi levanta a importância do teólogo, perspicaz antropólogo de ontem, na passagem entre as idades média e moderna. Especialmente as contribuições da teologia voluntarista do século XIV e XV, antes, e a Escolástica espanhola, depois, que conduzem o fio à propriedade das cartas constitucionais do século XVIII e das codificações do XIX. De outro lado, alça a contribuição da filosofia política anglo-francesa; será o individualismo possessivo dos séculos XVII e XVIII verificável em Locke e nos Fisiocratas que, construirá um novo modelo antropológico da relação sujeito-fenômenos, homens-bens, modelo que ao agir no nível da mentalidade, poderá permitir que se dissolva e se expulse do fundo das conseqüências o nó górdio das mentalidades precedentes, aflorando, pois, ao final, uma nova construção jurídica. (GROSSI. **História da propriedade...**, p. 34.)

<sup>86</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. A lei de Terras e o advento da propriedade. p. 101.

<sup>87</sup> "A ruína da visão antropológica retificadora do medievo corresponde à gradativa transformação da concepção do papel do homem no *cosmos*, homem que se descobre sujeito, soberano e dominativo." (VARELA. **Das propriedades...**, p. 740.)

<sup>88</sup> "O sujeito passa a ser a referência da política, da sociedade, do conhecimento e também do direito. A organização do poder, a forma de encarar a sociedade, o modo de fundamentar as reflexões e a forma de regulamentar a vida social, tudo isso terá como referência mediata ou imediata (de acordo com as diversas fases históricas particulares) a figura do *sujeito*. (...) A modernidade é, por excelência, a época da subjetividade." (FONSECA. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2000. p. 68.).

A apropriação privada da terra rompeu o vínculo que havia entre ela e o homem,<sup>89</sup> passando a terra a ser um objeto economicamente apropriável.

A ideologia Liberal foi uma importante alavanca para desencadear tal processo. Locke, ao justificar a necessidade de um Estado Civil, afirma que o superado estado de natureza precisou ser substituído, pois não trazia segurança da propriedade, algo para ele inerente à existência humana, um direito natural.<sup>90</sup>

Dessa forma, somente o pacto civil, contrato social, seria não mais que um contrato de proprietários, algo que aos olhos da crítica da modernidade é excludente e mistificado, não mais capaz de justificar a desenfreada mercantilização das relações sociais.

A "liberdade" toma traços de "autodeterminação de vontade" (já, que, segundo os franciscanos, a vontade é, juntamente com a caridade, um dos apanágios principais do homem), surge a possibilidade de o indivíduo controlar não apenas a si mesmo, mas também a realidade externa; é o *dominium sui* que faz com que o homem livre se diferencie do servo, de maneira que o homem da Idade Média se expressa mediante formas possessivas. Laura Varela, nesse ponto, evidencia contribuições da teologia voluntarista para auxiliar a compreensão da citada transformação:

A partir das contribuições da teologia voluntarista tardo-medieval (em especial dos teólogos franciscanos), após, da filosofia jusnaturalista, firma-se um processo de "interiorização do *dominium*", *dominium sui*: o indivíduo descobre-se proprietário, descobre-se centro da ordem jurídica, em substituição à centralidade da *res*. Propriedade como um ato interior, uma vontade, uma intenção, uma *potentia*, na linguagem dos teólogos voluntaristas – noção *simples* e, por conseguinte, *abstrata* – eis algumas das bases da propriedade moderna.<sup>91</sup>

A propriedade é, então, a noção moderna de liberdade, já que "expressar liberdade é ao mesmo tempo expressar o *dominium* de sua própria personalidade que é liberdade de traduzir a própria vontade abstrata nas expressões dominativas

<sup>89</sup> Errouths Cortiano Junior contribui na percepção de vínculos entre a terra e o homem: "a ordem feudal forma-se, então, na concessão de terra para que o vassalo dali tirasse seu sustento, devendo prestar serviço – inclusive militares – ao senhor. Daí falar-se em parcelamento da propriedade. Surgiam direitos do senhor e do vassalo sobre o solo, como surgiam obrigações pessoais entre eles. Por consequência do parcelamento da propriedade, surge uma hierarquia dos direitos sobre a terra que corresponde à hierarquia dos laços de dependência pessoal. A terra vai configurar-se como o elemento real nas relações pessoais feudo-vassálicas." (CORTIANO JUNIOR, op. cit., p. 24.)

<sup>90</sup> "O individualismo possessivo que tem raízes na filosofia de Locke seria, segundo Paolo Grossi, outra matriz básica para a separação do modelo medieval". (VARELA. **Das propriedades...**, p. 740.)

<sup>91</sup> Ibid., p. 740.

que lhe são congêneres”. O “ter” adquire um sentido fundante de uma expressão de subjetividade, capaz de definir o “ser”.<sup>92</sup>

Há na conceituação da propriedade moderna, uma fuga do real em direção ao abstrato e geral. A abstração justifica-se também porque, centrada no sujeito, a nova ordem deve deixar a ele o papel de efetivar e exercitar os poderes que lhe são garantidos pela lei. Ademais, sendo os sujeitos únicos e iguais, o modelo proprietário deverá ser o único e universal. Assim, na ordem jurídica liberal individualista, tudo é neutro: o sujeito, a propriedade e a própria ordem jurídica.<sup>93</sup>

O homem moderno se afirma como aquele que possui a coisa no sentido de exercer um domínio e um poder exclusivo sobre ela. É a figura do sujeito proprietário. E isso pode ser entendido ao se perceber que na Idade Média a propriedade era relevada a uma esfera unicamente econômica, e na modernidade ela adentra ao campo da ética – elevada a um nível referente à definição e afirmação mesmo da subjetividade. No âmbito jurídico a propriedade só existe se há um *sujeito dominador*.

O caldo do racionalismo do século XVII e o fermento do Iluminismo do século XVIII (ambos plenos de relações com o jusnaturalismo) não poderiam senão fazer com que essa historicamente inédita noção de propriedade fosse tomando contornos cada vez mais nítidos: a propriedade individual como algo insuscetível de ser turbada por fatores externos (...).<sup>94</sup>

A erosão das velhas certezas antropológicas e a criação de novas são confiadas às reflexões dos teólogos e dos filósofos, e não dos juristas, e serão os primeiros que delinearão aquela renovada antropologia do pertencimento que será suporte para a futura mentalidade jurídica. Com efeito, Grossi afirma que a história da propriedade jurídica moderna tem uma pré-história (que consiste em uma análise de não juristas voltada a definir um renovado modelo antropológico e político: o individualismo possessivo (correntes pré-humanistas e humanistas e o liberalismo clássico) e uma proto-história (que começara a fluir sobretudo com a grande reflexão pandectística do século XVIII).<sup>95</sup>

A propriedade individual é destacada da análise dos atributos da coisa, sendo totalmente dependente dos atributos do sujeito.

<sup>92</sup> FONSECA. **A lei de terras**..., p. 102.

<sup>93</sup> CORTIANO JUNIOR, op. cit., p. 112/113.

<sup>94</sup> FONSECA. **A lei de terras**..., p. 103.

<sup>95</sup> GROSSI. **História da propriedade**..., p. 64/65.

A propriedade que renega as soluções medievais do pertencimento e que podemos convencionalmente classificar como moderna é desenhada a partir da visão de um sujeito presunçoso e dominador; é emanção de suas potencialidades; é instrumento de sua soberania sobre a criação. Uma marca subjetiva a distingue, e o mundo dos fenômenos na sua objetividade é apenas o terreno sobre o qual a soberania se exercita.

A propriedade, pois, de dimensão das coisas, tornou-se dimensão do agente; ao invés de identificar-se grosseiramente no objeto, procura no interior do sujeito a sua identificação primeira.<sup>96</sup>

Grossi define a propriedade moderna a partir dos caracteres de *simplicidade* e *abstração*. A simplicidade repousa no fato de que a propriedade tem uma noção simples. A cultura moderna desagrega-a das coisas para agregá-la ao intra-subjetivo. Simplicidade quer dizer também purificação extrema da relação, conseguir se livrar dos conteúdos mais variados. A propriedade já é exasperadamente subjetivista, uma capacidade de envolver e dominar todo o conteúdo. Já a abstração resulta duma relação pura, não aviltada pelos fatos, sem referência ao conteúdo, perfeitamente congenial àquele indivíduo abstrato, que vem sendo definido na interpretação burguesa do mundo social. E se delineia um *dominium sine usu*, versão invertida do domínio útil que pode estar descolada dos fatos da vida cotidiana.<sup>97</sup>

A simplicidade e a abstração, então, na sua interdependência e consequencialidade, constituem o "segredo" da propriedade inserida no "moderno". A sua "modernidade" (entendendo com tal expressão a sua acentuada historicidade em um definido universo cultural) está, sobretudo, nessas duas qualidades.<sup>98</sup>

---

<sup>96</sup> "Assim, quem pode ter é sujeito de direito, mas somente será sujeito na medida em que tenha. É a propriedade que qualifica o sujeito. Os não-proprietários (apesar de poderem, aos olhos do direito, sê-lo) são como ausentes da ordem jurídica, verdadeiros fantasmas à luz do dia. Como a propriedade moderna é vista a partir do sujeito e de sua capacidade de fazer-se livre por sua própria atuação, os poderes garantidos ao proprietário também serão verdadeiras abstrações. Usar e dispor não traduzem qualquer concretude; não se referem à um específico *utende* ou *disponendi*, pois não se ligam a utilidades e disponibilidades reais." (CORTIANO JUNIOR. Op. cit., p. 121/122.)

<sup>97</sup> GROSSI. *História da propriedade*..., p. 67/71.

<sup>98</sup> Paolo Grossi chama dupla atenção ao historiador: em relação ao pré-jurídico, no qual as revoluções culturais se cumprem e no qual toma primeira forma a criatura "propriedade" irredutível a esquemas unicamente teóricos; e ao jurídico, isto é, às arquiteturas construídas com base em um bem definido estatuto científico, que assinalam sem equívocos a passagem de uma genérica mentalidade a uma específica mentalidade jurídica. E, ao lado assinala que os humanistas expõem arquétipos clássicos que a jurisprudência medieval havia sepultado. Pela primeira vez a ciência jurídica tem um curso formalmente exegético, diferente dos glosadores que construíam o ordenamento substancialmente com a vitalidade dos fatos. Ibid., p. 74/75.

É vista, então, a propriedade “moderna” como expansão da subjetividade, uma projeção do sujeito no mundo. Pode-se tomar como exemplo o culminar jurídico-político simbolizado pela Revolução Francesa, que tem como resultados a definição de que “a propriedade é um direito inviolável e sagrado”.

Mas, sob o ponto de vista da mentalidade circulante, embora o Código de Napoleão tenha aparecido em seu artigo 544 com uma elevação dos poderes, bem como se esboçando como uma lista de poderes determinados (gozar e dispor), é questionável até que ponto a adesão ao renovado modelo filosófico-político conseguiu exorcizar e expulsar a velha mentalidade jurídica.<sup>99</sup> Para Windscheid, citado por Grossi,<sup>100</sup> o legislador napoleônico é ainda um “homem de fronteira”; querendo explicar que, embora tenha havido um crescimento dos poderes sobre a coisa, identificando assim uma perceptível mudança em relação ao modelo de apropriação anterior, ele não é em sua totalidade moderno:

Queremos somente constatar que sob o tremular das novas bandeiras a velha mentalidade jurídica encarnada em uma certa construção do sistema dos direitos reais não foi de todo apagada e coexiste desarmonicamente com a nova ideologia oitentaenovista da qual claramente o Código é portador (...) Inconscientemente a velha mentalidade – que é ainda aquela bastante sedimentada, e por isso bastante compenetrada, do direito comum – continua a fazer emergir uma noção composta de propriedade, uma indistinção qualitativa entre propriedade e direito real limitado que é tomado como fração separada do feixe total que somente na sua forma é propriedade.<sup>101</sup>

Da mesma forma, Laura Varela conclui:

A definição do *Code*, contudo, em sua adesão ao novo modelo político e filosófico, não consegue apagar, como já referimos, a antiga mentalidade, que permanece na preeminência dada à propriedade móvel, e nas referências à divisão do domínio, aos poderes de gozar e dispor mencionados no citado dispositivo. Este princípio da divisão de um domínio que se diz absoluto, elemento da tradição anterior, remete a uma noção composta de propriedade, a uma indistinção qualitativa entre propriedade e direitos reais – que, para a doutrina pandectista seria inaceitável.<sup>102</sup>

<sup>99</sup> “A menção às faculdades de usar, gozar e dispor é signo do legado das elaborações dos comentadores, que vestem a roupagem do individualismo – deixando à mostra, em plena codificação revolucionária, símbolo da ruptura, as profundas permanências da mentalidade anterior.” (VARELA. **Das propriedades...**, p. 742).

<sup>100</sup> GROSSI. **História da propriedade...**, 79.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 81

<sup>102</sup> VARELA. **Das propriedades...**, p. 745.

Diferente do Código de Napoleão, o modelo técnico da Pandectística alemã afirma um "moderno" na propriedade.<sup>103</sup> "Aqui a propriedade se torna a criatura jurídica congenial ao 'homo oeconomicus' de uma sociedade capitalista evoluída: um instrumento ágil, conciso, funcionalíssimo, caracterizado por simplicidade e abstração".<sup>104</sup>

Bernard Windscheid, expressão de relevo do pensamento pandectista, citado por Laura Varela, define a propriedade de forma unitária:

Propriedade indica uma coisa (material) é própria de alguém, e, por certo, própria em termos jurídicos, portanto, ao invés de propriedade, mais exatamente direito de propriedade. Mas que uma coisa seja própria de alguém em termos jurídicos quer dizer que, com respeito a esta, a vontade do sujeito é decisiva na totalidade das suas relações.<sup>105</sup>

E, por outro lado, identifica a ruptura com a mentalidade anterior:

(...) não se pode dizer que a propriedade se componha de uma soma de faculdades singulares, que seja uma reunião de faculdades singulares. A propriedade é a plenitude do direito sobre a coisa, e as faculdades singulares, que nela vão distintas, não são nada além de exteriorizações e manifestações desta plenitude.<sup>106</sup>

A partir dessa visão, a propriedade é o modelo de todos os direitos do sujeito privado.

De uma forma mais analítica, Grossi explica que a propriedade moderna é agora simples como o sujeito, realidade unilinear sobre a qual se modela e da qual é como a sombra no âmbito dos bens; abstrata, como o indivíduo liberado da nova cultura, da qual quer ser uma manifestação e um meio de defesa e de ofensa. A propriedade é somente o sujeito em ação, o sujeito à conquista do mundo. Em consequência as barreiras entre o *mim* e o *meu* caem.<sup>107</sup>

Com a construção jurídica, sem ambigüidades, descendente das premissas de índole ético-política, mérito da Pandectista madura, finalmente, a sociedade

<sup>103</sup> Para Errouths Cortiano o BGB de 1.900 quando diz (em seu § 903) que o proprietário pode proceder com a coisa segundo seu critério e excluir os outros de toda intromissão parece afastar-se do modelo francês, embora não deixe de receber a idéia de que a propriedade é uma conjugação de poderes. E, mais do que isso "o BGB, eleva a propriedade ao seu mais alto grau de abstração: o direito se desinteressa das formas pelas quais o proprietário exerce sua titularidade e seus poderes." (CORTIANO JUNIOR, op. cit., p. 103.)

<sup>104</sup> GROSSI. **História da propriedade**..., p. 81.

<sup>105</sup> VARELA. **Das propriedades**..., p. 746.

<sup>106</sup> Ibid., p. 746/747.

<sup>107</sup> GROSSI. **Historia da propriedade**..., p. 82.

burguesa conclama, também no plano jurídico, uma propriedade autenticamente burguesa.

Como a afirmação de uma liberdade e de uma igualdade formais tinham sido os instrumentos mais idôneos para garantir ao *homo oeconomicus* a desigualdade de fato das fortunas, assim essa propriedade espiritualizada teria se concretizado, por graça de suas ilimitadas possibilidades transformistas, na pedra filosófica da civilização capitalista: a mais pobre, a mais desencarnada das construções jurídicas ter-se-ia demonstrado um meio efficientíssimo para transformar tudo em ouro, instrumento pontual para todo tipo de mercantilização.<sup>108</sup>

O possuir, apropriar-se, individual foi, com o passar do tempo, em consequência de uma vagarosa mudança de mentalidade, consagrado e operacionalizado pelas construções jurídicas “sujeito de direito” e “direito subjetivo”, e garantido pelo direito estatal.<sup>109</sup>

Laura Varela enfatiza que “o grau máximo de abstração alcançado na formulação do direito subjetivo vem reforçar a concepção unitária de propriedade, uma vez que quaisquer variações são tomadas como meros acidentes, incapazes de incidir na estrutura teórica e conceitual da categoria”.<sup>110</sup> É esta a concepção, pois, que subjaz na definição do parágrafo 903 do Código Civil alemão, o BGB: “§ 903: (faculdades do proprietário) O proprietário de uma coisa pode, sempre que a lei ou o direito de um terceiro não se opuser, dispor da coisa à sua vontade e excluir outros de qualquer intromissão”.

Com efeito, a propriedade foi consolidada como absoluta, como direito de usar, gozar e dispor por parte do proprietário, da maneira que melhor lhe conviesse. Assim, o direito moderno passou a servir como instituto para que esse modelo de apropriação dos bens pudesse se universalizar, trazendo como natural o direito de propriedade, garantindo a legitimidade de um sistema em benefício daqueles que gozavam de suas vantagens.

---

<sup>108</sup> Ibid., p. 83.

<sup>109</sup> A obra *Fundamentos da Ordem Jurídica* da francesa Simone Goyard Fabre, ao tratar do objetivismo jurídico, coloca que: “Tornar os homens iguais em direitos significa politicamente proteger-lhes a liberdade de modo que ninguém possa conspurcá-la: o Antigo Regime está superado. Significa também e, sobretudo, juridicamente, “civilizar” o direito natural, isto é, transformar o indivíduo em um cidadão cujos direitos e deveres são determinados, proclamados e garantidos pela lei: o humanismo jurídico é acima de tudo um civismo. Em consequência, o sujeito de direito não é simplesmente o indivíduo: é determinado, em dada situação concreta, pela norma jurídica. Resulta, portanto, de uma qualificação objetiva que o submete a uma regra de direito e faz dele um sujeito de direito.” GOYARD-FABRE, S. **Os fundamentos da ordem jurídica**/ tradução Claudia Berliner: revisão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 88.

<sup>110</sup> VARELA. **Das propriedades...**, p. 747.

Diante do quadro que subsiste, pois, com a modernidade, Paolo Grossi bem conclui:

A aventura do pertencimento pode, para o historiador, dizer-se concluída. A crise que atingiu o *abstrakte Eigentum* dos pandectistas desde a reflexão civilista entre as duas guerras e que inicia com a reimersão da propriedade em meio às coisas e a redescoberta *das* propriedades, é um itinerário que chega ininterrupto até nós, que estamos ainda vivendo e que sentimos queimar sobre nossa pele.<sup>111</sup>

---

<sup>111</sup> GROSSI. **História da propriedade...**, p. 83.



#### 4. MENTALIDADE PROPRIETÁRIA PRÉ-MODERNA E MODERNA NO BRASIL

Como dito no capítulo antecessor, com a modernidade o bem se transforma em mercadoria, em objeto de troca que circula na órbita do sujeito proprietário. Isso de forma geral e em especial na cultura jurídica européia ocidental do século XIX.

Entretanto, no Brasil a passagem de uma noção proprietária (pré-moderna, cuja essência é marcada por particularidades coloniais) para a outra (moderna) não ocorreu de modo análogo ao que ocorreu na Europa. O processo de passagem da propriedade feudal à propriedade privada dos pandectistas, que delineou os principais sistemas jurídicos da Europa Ocidental, assume forma diversa no Direito brasileiro.

Isso porque, por exemplo, aqui inexistiu a estrutura social feudal, vez que a propriedade se forma a partir de terras públicas,<sup>112</sup> que desde antes pertenciam à Coroa Portuguesa, detentora do domínio eminente.<sup>113</sup>

Há particularidades que são próprias da história agrária brasileira, as quais se tentará demonstrar a partir do estudo da passagem da mentalidade jurídica proprietária pré-moderna à mentalidade jurídica proprietária moderna no Brasil.

##### 4.1 BREVE RELATO SOBRE A CHEGADA DOS PORTUGUESES E DAS SESMARIAS NO BRASIL COLONIAL

Embora sem um aprofundamento demasiado, iniciar-se-á o presente tópico com um passar de olhos no cenário que foi pano de fundo da chegada dos portugueses no Brasil de 1500, quanto ao uso da terra.

Antes da chegada dos europeus, cada povo indígena<sup>114</sup> possuía seu próprio conceito de território e de limites geográficos, elaborado de acordo com suas

---

<sup>112</sup> Nesse aspecto cabe a ressalva de que não se trata de público em contraposição ao privado, vez que no Brasil colonial não havia a figura do Estado, tendo sido comum até a modernidade constitucional uma confusão entre público e privado.

<sup>113</sup> Laura Beck Varela cita a contribuição de Aubry e Rau quando definem com precisão que o domínio eminente não constitui um verdadeiro direito de propriedade, pois não confere ao soberano o direito de dispor das coisas que pertencem aos particulares, ele autoriza somente a submeter o exercício do direito de propriedade a certas restrições comandadas pelo interesse geral; exemplos de concessão do domínio eminente são a exigibilidade dos impostos e o sacrifício da propriedade mediante desapropriação com justa e prévia indenização. (VARELA. L. B. **Das sesmarias à propriedade moderna**: um estudo de história do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 749.).

relações com a natureza e outros povos, e, conseqüentemente, utilizavam a terra da mesma forma, basicamente para subsistência.

Carlos Frederico Marés, em sua obra “O renascer dos povos indígenas para o Direito” afirma com propriedade que eram muitos os povos indígenas no Brasil à época da conquista, os quais certamente possuíam a sua idéia de “território”:

A idéia de território, ou espaço geográfico onde cada povo exerce seu poder, é fundada nos mitos, crenças e cultura, fazendo com que os critérios da própria ocupação e da defesa contra a ocupação por terceiros sejam diferentes. (...) Cada povo indígena tem, portanto, uma idéia de território, ou limite geográfico de seu império, elaborada por suas relações internas de povo e externas com os outros povos e na relação que estabelecem com a natureza que lhes coube viver.<sup>115</sup>

Era, e de certo modo é até hoje, difícil delimitar com precisão as fronteiras de cada território. Contudo, os espanhóis e portugueses já haviam dividido a América do Sul antes mesmo de chegarem ao continente, não levando em conta qualquer noção indígena de territorialidade: “a invasão, a conquista e colonização das Américas desconhecaram qualquer conceito de territorialidade; os colonizadores investiram contra os povos, dividindo-os, impondo-lhes inimizades imaginadas e falsas alianças forçadas”.<sup>116</sup>

Em decorrência, visando colonizar as novas terras, impedindo que estas fossem invadidas por outras nações e também para demarcar as fronteiras, foi empregado o Instituto das Sesmarias no “território” brasileiro.<sup>117</sup>

Este instituto, criado por D. Fernando em 1375,<sup>118</sup> para resolver o problema então latente na sociedade portuguesa, a qual vivia na mais absoluta miséria, quando a fome já havia se alastrado, visava com o lavradio de todas as terras acabar com a vigente e avassaladora fome.<sup>119</sup>

<sup>114</sup> Na obra “O povo brasileiro” Darcy Ribeiro traz dados que evidenciam a diminuição dos contingentes aborígenes autônomos: descreve ele que em 1500 havia 5.000.000 de índios isolados número este que se reduziu à 2.000.000 até 1700 e para 1.000.000 em 1800. (RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 151.).

<sup>115</sup> MARÉS, C. F. **O Renascer dos povos indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 43/44.

<sup>116</sup> Ibid., p. 45.

<sup>117</sup> Carlos Frederico Marés chama a atenção para a maneira como Portugal estabeleceu na Colônia a “ordem jurídica”: “As Ordenações do Reino, leis vigentes e dirigidas a Portugal na época da colônia, tiveram vigência integral e sua adaptação se fez por interpretação não raro em mutações não explícitas, como o caso das sesmarias.” (Ibid., p. 53).

<sup>118</sup> A Lei das Sesmarias nada mais figura, porém, que fixar o costume. Dar terras em sesmarias remontava a antigo costume da região, que o rei, atento às constantes demandas das Cortes (reclamações nas Cortes de Evas e Lisboa), tornava “lei” (Até o século XIII o costume foi a principal fonte de direito em Portugal - direito comum). (VARELA. **Das sesmarias**..., p. 30).

<sup>119</sup> Ibid., p. 56.

Alberto Passos Guimarães, ao tratar do assunto, também assim delineia:

A legislação de sesmarias representava, em Portugal, uma tentativa para salvar a agricultura decadente, para evitar o abandono dos campos que se acentuava à medida que se decompunha a economia feudal, na razão do crescimento das atividades dos centros urbanos. Era, em sua interferência na propriedade agrária, uma tímida restrição ao Direito Feudal, embora, bem se possa avaliar muito difícil de ser praticada.<sup>120</sup>

Para tanto, quando de sua criação, no solo português, o instituto das Sesmarias obrigava a todos transformarem suas terras em lavradio, sob pena de, não o fazendo, a perderem a quem quisesse trabalhar.

As Sesmarias foram, pois, modelo particular da cultura jurídico-agrária luso-brasileira. E, embora de natureza “pública”, já que da Coroa, essa espécie de concessão dominial, que se fundava no cultivo, atesta sua profunda aderência ao real, e sua identificação com o chamado por Grossi “reino de efetividade”.<sup>121</sup>

No entanto, a diferença do instituto das Sesmarias empregado em Portugal e no Brasil inicia logo no propósito a que serviu. Em Portugal, ele foi um meio para acabar com a fome e o desemprego, oferecendo mão de obra a quem tivesse terras para produzir. No Brasil, como já mencionado, ele serviu, entre outras coisas, para a conquista do território.

O Instituto em Portugal era aplicado para terras que já tinham produzido e deveriam voltar a produzir alimentos locais. No Brasil não, o sentido da concessão das sesmarias era o de ocupação, desdobramento, conquista, desrespeitando qualquer tipo de uso indígena. (...). Quer dizer que enquanto em Portugal as sesmarias tiveram o sentido de proporcionar a produção de alimentos para a população, no Brasil foram instrumento de conquista.<sup>122</sup>

Eram, pois, concedidas terras para quem quisesse ocupá-las, mesmo que fosse necessário desrespeitar os direitos dos índios. E as sesmarias foram tão importantes para lograr o êxito de conquistar as novas terras, que Martim Afonso de Souza trouxe consigo ao vir para o Brasil apenas três cartas-régias, todas visando a instrumentalização das sesmarias: uma para exercer o cargo de capitão-mor, outra para tomar posse das terras em nome do Rei, e a terceira que o nomeava Sesmeiro do Rei, podendo distribuir terras legitimamente a quem as desejasse. Os donatários

---

<sup>120</sup> GUIMARÃES. Alberto Passos. **Quatro séculos de latifúndio – 1963**. In STÉDILE. João Pedro (org). A questão agrária no Brasil: o debate tradicional: 1500-1960. p. 59. São Paulo: Expressão Popular, 2005.

<sup>121</sup> VARELA. **Das propriedades...**, p. 750.

<sup>122</sup> VARELA. **Das sesmarias...**, p. 57.

das capitanias hereditárias também receberam o poder de conceder terras em sesmarias. As sesmarias configuram-se, assim, como verdadeira medida de colonização interna, visando à fixação do povoado e o aproveitamento do solo.

Apesar disso, a supremacia proprietária sobre a terra concedida ainda era da Coroa. Teoricamente, as sesmarias seriam concedidas para quem residisse nas povoações e em tamanho não tão grande que não pudesse o beneficiário mesmo aproveitar. Ademais, deveriam ser medidas, ocupadas, plantadas e demarcadas; o que, todavia, em quase sua totalidade, não foi observado, como se verá nos tópicos que seguem.

Por fim, o instituto das Sesmarias foi, a seu tempo, um instrumento de consolidação do poder latifundiário, e de forma demasiada desrespeitou os direitos dos povos indígenas. É o que afirma Marés:

(...) as concessões continuaram desobedecendo aos critérios e nos séculos XVII e XVIII acabaram por constituir-se em fonte de criação de latifúndios. Especialmente com a aproximação da era contemporânea se transformou, de instrumento de conquista externa, em instrumento de conquista interna, servindo de consolidação do poder do latifúndio.<sup>123</sup>

Uma análise pautada no instituto da sesmaria enquanto modelo “proprietário”, cuja mentalidade está regulada no cultivo, será desenvolvida no próximo ponto, porém, não sem antes o desenvolver de uma abordagem estrutural da sociedade brasileira de então.

## 4.2 MENTALIDADE JURÍDICA PROPRIETÁRIA PAUTADA NO CULTIVO: A “PROPRIEDADE” SESMARIAL

### 4.2.1 Uma abordagem estrutural do Brasil Colonial

Para uma adequada compreensão do instituto sesmarial, regra geral quanto ao uso da terra no Brasil colonial, donde o apontado fundamento do princípio da obrigatoriedade do cultivo, eloqüente expressão da “mentalidade possessória”, reino da efetividade, modelo antropológico que parte da coisa, ao invés de partir da figura

---

<sup>123</sup> MARÉS. op. cit., p. 59.

do sujeito, numa perspectiva não individualista, que parte de uma concepção teológica da natureza - mentalidade “possessória” paradigmática, na qual é a figura do domínio útil (efetividade da utilização do bem) verdadeiro denominador comum à pluralidade de formas, de forma que expressão da “utilidade” é, pois, a obrigatoriedade do cultivo - necessário percorrer o cenário econômico e social em que ele se assentava, vale dizer, necessário perceber não apenas a cultura jurídico-filosófica européia, como antes feito, mas, sobretudo, o que permeia a dita mentalidade jurídica.

É fundamental, então, a análise das particularidades histórico-políticas, próprias do tempo estudado, somada à cultura jurídico-européia. Ora, a junção destes dois elementos resultou numa cultura singular, que, por sua vez, para ser compreendida pressupõe uma abordagem estrutural, ou seja, de seus aspectos econômico, social, ideológico e político (todos interligados).

Quanto aos dois primeiros aspectos citados, que são relativos ao modo de produção e à formação social, é mister observar que enquanto o trabalho servil se extinguiu na Europa, o escravismo era reinventado em suas colônias, constituindo-se numa das principais bases do mercantilismo crescente, em que as colônias só tinham razão de ser enquanto subservientemente gerassem lucros às Metrôpoles.

Alberto Passos Guimarães, quando enfoca o modo de produção aplicado na Colônia, elucida que no século da chegada dos portugueses o feudalismo de Portugal não guardava mais o mesmo grau de pureza dos primeiros tempos: passara da economia natural para a mercantil, ainda que, essencialmente, o regime econômico continuasse o mesmo, o feudal.<sup>124</sup>

Mas, no Brasil diante da impossibilidade de contar com o servo da gleba, o

feudalismo colonial teve de regredir ao escravismo, compensando a resultante perda de produtividade, em parte com a extraordinária fertilidade das terras virgens do Novo Mundo e, em parte, com o desumano rigor aplicado no tratamento de sua mão-de-obra.<sup>125</sup>

Para o mesmo historiador, o que houve no Brasil Colônia quanto à terra foi o sistema de plantação, que para vários economistas e historiadores seria uma

<sup>124</sup> GUIMARÃES, op. cit., p. 39. Quanto ao regime econômico, Alberto explica que o básico num regime econômico é o sistema de produção, o modo de obter os meios de subsistência. E quanto ao feudalismo afirma que: “em toda a Europa, à altura do Descobrimento, ainda não alcançara sua etapa final e decisiva e não se colocara na ordem do dia a derrubada da ordem feudal, que demorou mais três centúrias”.

<sup>125</sup> Ibid., p. 43/44.

unidade econômica do tipo capitalista, mas que para ele é de fato a constituição da expressão realizada do feudalismo colonial.<sup>126</sup>

Sob este modelo é que a relação entre Brasil e Portugal teve seu início. Com efeito, sob a égide do mercantilismo, o Brasil transformou-se numa grande empresa extrativa, sendo que o monopólio da Metrópole sobre o comércio era uma peça chave no sistema, pois evitava os riscos da perda de privilégios advindos com a concorrência. Daí que “o país se edificou como uma sociedade agrária baseada no latifúndio, existindo, sobretudo, em função da Metrópole, com uma economia complementar, em que o monopólio exercido opressivamente era fundamental para a burguesia mercantil lusitana”.<sup>127</sup>

No campo do elemento estrutural “formação social do período colonial”, é de se notar o grande fosso que existia entre os latifundiários, de um lado, e os pequenos proprietários, índios, mestiços, e negros, de outro. Darcy Ribeiro compara o Brasil com um imenso proletariado da Europa, visto que aqui o comércio de escravos era muito lucrativo, e, também, conveniente, já que sob esta condição jamais poderiam adquirir terras.<sup>128</sup>

No âmbito da estrutura política, o período colonial foi marcado pela ascendência ao poder de uma oligarquia detentora de terras e poderio econômico, que passou a utilizar o aparato burocrático da Coroa, sendo que a tensão entre esta e aquela classe econômica foi uma grande razão para o posterior colapso da estrutura política, tensão esta consistente na dominação política que os donatários exerciam pelas vastidões do Brasil contra a forte centralização que a Coroa insistia em impor. “A ordem jurídica vigente, no domínio privado ou público, marchará decisivamente no sentido de preeminência do poder público sobre as comunidades, solidificando uma estrutura com tendência à perpetuação das situações de domínio estatal”.<sup>129</sup>

Sendo um empreendimento da Metrópole, a colonização do Brasil expressava novas necessidades, de forma que se tornou necessária a formulação de

---

<sup>126</sup> “A passagem do feudalismo para o capitalismo verificou-se quando às condições acumuladas gradualmente, veio acrescentar-se aquela que possibilitou o salto qualitativo: o fim da coação feudal, da coação extra-econômica sobre o trabalhador para que ele pudesse vender livremente sua força de trabalho, como assalariado, ao capitalista.” Quando, pois, as formas capitalistas de produção deixaram de ser exceção na sociedade para se tornar a regra. (Ibid., p. 45).

<sup>127</sup> WOLKMER. Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 38.

<sup>128</sup> Id.

<sup>129</sup> Ibid., p. 40.

instrumentos jurídicos específicos para atendê-las. No decorrer da colonização muitas regulações foram feitas no intuito de garantir os interesses da Coroa sobre as novas terras. No âmbito civil, o Direito vigente oficialmente em todo o território nacional era o mesmo de Portugal, ou seja, essencialmente as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, sendo que com o passar do tempo, devido a particularidades brasileiras, eram editadas também leis extravagantes.<sup>130</sup>

Por fim, cabe a contribuição de Wolkmer quanto à análise da administração da justiça no Brasil colonial, para quem,

Uma análise da administração da justiça no período colonial revela (...) a inter-relação e a convivência de duas modalidades complexas e opostas de organização sócio-política: a) relações burocráticas calcadas em procedimentos racionais, formais e profissionais; b) relações primárias pessoais baseadas em parentesco, amizade, apadrinhamento e suborno. O entrelaçamento desses dois sistemas de organização – burocracia e relações pessoais – projetaria uma distorção que marcaria profundamente o desenvolvimento de nossa cultura jurídica institucional.<sup>131</sup>

E, a respeito dos parâmetros constitutivos da legalidade colonial brasileira, Wolkmer conclui que:

(...) o delineamento dos parâmetros constitutivos da legalidade colonial brasileira, que negou e excluiu radicalmente o pluralismo jurídico nativo, reproduziria um arcabouço normativo, legitimado pela elite dirigente e por operadores jurisdicionais a serviço dos interesses da Metrópole e que moldou toda uma existência institucional em cima de institutos, idéias e princípios de tradição centralizadora e formalista.<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> As regras, em suma, visavam os interesses de uma pequeníssima elite governante. Estes, compostos basicamente por donatários, tinham absolutos poderes dentro de seus domínios, tal como no feudalismo europeu. Há que se reconhecer, entretanto, não obstante a pretensa unicidade e centralidade do Direito emanado pela Metrópole, inicialmente baseado no ideal jusnaturalista e depois na exegese positivista, a pluralidade jurídica dos povos nativos, transmitidas através dos quilombos e reduções jesuíticas, sendo que tais povos, cada um a sua maneira, possuíam seus procedimentos para resolver problemas de família, sucessão, propriedade, delito etc., o que não é reconhecido pela historiografia oficial. Com efeito, na esteira dos ensinamentos de Wolkmer, é importante observar a existência de um pluralismo jurídico não só anteriormente à expansão portuguesa, mas também o florescimento de um “direito vivo” entre as camadas populares, principalmente nas missões e nos quilombos, onde vigorava um contraponto ao Direito patrimonialista e opressor europeu, marcado pelo cooperativismo e pela solidariedade. Id.

<sup>131</sup> Ibid., p. 66.

<sup>132</sup> Ibid., p. 68.

#### 4.2.2 As Sesmarias e o fundamento do cultivo

A “propriedade” brasileira do Brasil Colonial é bem diferente daquela “propriedade” feudal da Idade Média, delineada como propriedade pré-moderna da Europa Ocidental.

Ilustra Grossi<sup>133</sup> que a realidade jurídica européia do medievo tinha como paradigma a propriedade feudal, “propriedade a diversos níveis sobre as terras”, condizente com a hierarquia social de então; bem diversa, por certo, do contexto da sociedade brasileira do período colonial, onde estão ausentes as estruturas agrárias tecnicamente feudais.

Destarte, Laura Varela enfatiza que, para o contexto do Brasil Colônia, quiçá a figura do reino da efetividade não seja a melhor metáfora. Contudo, é comum entre a experiência européia e a luso-brasileira a inexistência da propriedade jurídica absoluta, incondicionada, nos moldes em que foi formulada nos oitocentos, vale dizer, ambas, embora com pontos de partida diversos, têm o mesmo ponto de chegada. Com a diferença de que no Brasil o ponto de partida não é uma propriedade propriamente feudal,<sup>134</sup> mas sim uma “propriedade pública”, integralmente patrimônio da Coroa, da qual se passa à propriedade privada moderna.<sup>135</sup>

O complexo de valores circulantes no Brasil das sesmarias condizia, então, como já noticiado e como se verá, com uma sociedade pautada no escravismo e em grandes porções de terra em que se verificavam monoculturas sob a égide do

---

<sup>133</sup> GROSSI. **El orden...**

<sup>134</sup> “No Brasil colonial, não havia condições de vingar um regime territorial baseado na distinção entre domínio eminente ou direito, atribuído ao senhorio, e domínio útil atribuído a camponeses. Em consequência, não seria possível transplantar para cá o ‘complexum feudale’, aquele diversificadíssimo elenco de tributos privados que em conjunto constituíam a renda feudal em Portugal e em outros países europeus.” (VARELA. **Das sesmarias...**, p. 72).

<sup>135</sup> A forma de concessão de terras através de sesmarias foi considerada, por autores de fins do século XIX e inícios do XX, como claramente feudal, a exceção de Roberto Simonsen (1937), para quem o caráter mercantil da produção agrícola desmentia o “feudalismo” colonial. Também nos anos 1950-60, os estudiosos marxistas ligados ao stalinismo, a exemplo de Alberto P. Guimarães e Nelson W. Sodré, viram na concessão de sesmaria uma prova do caráter feudal da colonização, a exemplo do que se dizia no início do século. O debate permanece até a década de 1970, contrapondo defensores da tese feudal e capitalista, quando o problema se deslocou para o enfoque das relações de produção. Por ser uma sociedade escravista, não existindo servidão ou assalariamento como formas de trabalho predominante, o Brasil não poderia ser feudal nem capitalista. Abriu-se assim novo campo de controvérsia, então ligado ao caráter da escravidão vigente na colônia, gerando debates que, no entanto, não tomaram a instituição da sesmaria como núcleo de problematização. (SESMARIAS. In: DICIONÁRIO DO BRASIL COLONIAL 1500-1808. Rio de Janeiro: Objetiva, 2000. p. 530/531).



mercantilismo colonial, o que formava seu tecido conectivo, de forma, pois, bem diferenciada da realidade feudal européia. A mentalidade jurídica proprietária daquele momento se pautava nessa realidade em que o cultivo era obrigatório, ou seja, a cultura efetiva da terra, que era dada em sesmaria pela Coroa.

E, como dito, a propriedade sesmarial do Brasil colônia possuía um “conteúdo”, o qual a diferenciaria profundamente da forma abstrata que tomaria nas leis brasileiras das últimas décadas do século XIX, o que delineará claramente o caráter pré-moderno da propriedade brasileira e o caráter moderno desta.

Tal conteúdo (ou conteúdos), expressa-se sob a forma de deveres jurídicos diversos, que variam conforme as exigências econômicas da conjuntura colonial, e que revelam a existência de uma pluralidade de formas proprietárias sesmariais, ainda que unificadas pelo ato originário da concessão régia.<sup>136</sup>

Por outro lado, também como já mencionado, a “propriedade” sesmarial tem caráter público. Isso porque a decisão política de transportar para cá as sesmarias aparece desde as primeiras cartas régias de doação de capitanias hereditárias, em 1530, sendo as terras concedidas, mais tarde, em sesmarias, da Coroa Portuguesa, e não dos particulares.

Do ponto de vista jurídico foi através dos institutos das sesmarias, datas de terras (concessões feitas pelos comandantes militares) e legitimação das posses que a propriedade pública passou gradativamente às mãos dos particulares.

Curioso também é o fato de que em Portugal a propriedade sesmarial constituía uma dentre múltiplas formas dominiais já em terras brasileiras passa a ser regra geral, forma jurídica única que instrumentaliza as concessões régias no território a ser explorado (§ 9º prevê a doação de terrenos nunca antes cultivados).<sup>137</sup>

---

<sup>136</sup> VARELA. **Das sesmarias...**, p. 73.

<sup>137</sup> O sistema sesmarial de distribuição de terras foi aplicado no Brasil por D. João III, quando da criação das capitanias hereditárias, através de forais – sendo o primeiro concedido a Duarte Coelho em 24 de setembro de 1534 – que incumbiam o Donatário e seus sucessores de repartirem as terras com os moradores pelo regime de sesmarias, isentas de foro, mas pagando o dizimo sobre sua produção à Ordem de Cristo. Posteriormente com a criação do governo geral e a edição do regimento de Tomé de Souza, em 1548, a distribuição passou a ficar a cargos dos governadores. Uma vez passada a carta de sesmaria, o colono teria plenos poderes sobre a terra, desde que a explorasse ou arrendasse. (SESMARIAS. In: DICIONÁRIO DO BRASIL COLONIAL 1500-1808. Rio de Janeiro: Objetiva, 2000. p. 530).

Aquele modelo jurídico português, criado em resposta a uma crise de abastecimento, somada à queda demográfica, no velho contexto do pequeno reino europeu, foi, transplantado para cá, mas com plúrimas vicissitudes.<sup>138</sup>

As motivações da realidade colonial, onde se procurará fundamentalmente viabilizar a produção em terras virgens, conduziram, naturalmente, a transformações do sistema das sesmarias, trazido para uma realidade profundamente diversa daquela em que fora concebido.<sup>139</sup>

Ademais, operou-se uma inversão semântica na colônia, em que o termo “sesmeiro” passa a indicar aquele que é concessionário de terras de sesmarias, o que, certamente, é um reflexo das alterações de fundo que acometem o instituto.

Diferentemente de Portugal, onde *sesmeiro* designava o fiscal de terras, no Brasil o termo vinculou-se ao recebedor de sesmaria. Foi em carta régia de 1612, no reinado de Felipe II, que apareceu pela primeira vez a palavra *sesmeiro* para designar o beneficiário da doação.<sup>140</sup>

O sesmeiro, que era como um funcionário da Coroa, com poder de distribuir sesmaria, no Brasil passou a ser conhecido como donatário, vale dizer, possuidor de terras: titular da sesmaria, pois ou retia as terras para si ou as distribuía entre parentes, já não mais respeitando os limites das concessões.

Por outro lado, o ordenamento, quando da escolha da fórmula jurídica, encobre, ainda, a exclusão *a priori* da população indígena local que pudesse estar ocupando o espaço: “terras virgens”, pois, significava meramente sem anterior ocupação portuguesa.

As glebas desaproveitadas (Manuelinas, Liv. IV, tít.67; Filipinas, Liv. IV, tít. 43) na Europa, corresponderam, na América, às terras virgens trocando o sesmeiro, que originariamente era funcionário que dava a terra, para titular da doação.<sup>141</sup>

Para Laura Varela, os diversos elementos que compõem o conteúdo da propriedade sesmarial ao longo de sua trajetória na história territorial brasileira são *signos da adaptação do instituto à nova realidade*.<sup>142</sup>

<sup>138</sup> Para Faoro, “O quadro jurídico, de acordo com o direito vigente na colônia, era desta forma previsto nas Ordenações (Manuelinas Liv. IV, tít. 67, Filipinas, Liv. IV, tít. 43, § 1, 3 e 4), vinculando a sesmaria ao aproveitamento.” (FAORO. R. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo, 2000. p. 140).

<sup>139</sup> VARELA. **Das sesmarias**..., p. 76.

<sup>140</sup> SESMARIAS. In: DICIONÁRIO DO BRASIL COLONIAL 1500-1808. Rio de Janeiro: Objetiva, 2000. p. 530.

<sup>141</sup> FAORO, op. cit., p. 141.

E, no Brasil, pressupostos para a compreensão adequada desse fenômeno “transplante jurídico”, e dos novos deveres que se agregam à propriedade sesmarial, são as bases da política mercantilista que orienta as relações econômicas entre metrópole e colônia. As estruturas que se organizam para atender à demanda da generalização de mercadorias são fundamentalmente o latifúndio, núcleo da agricultura voltada à exportação, e a utilização de mão-de-obra escrava.

A renda do escravo é a categoria econômica fundamental nesse contexto, onde a propriedade de escravos tem maior importância do que a posse de terras, pois é o que instrumentaliza a produção, além de exigir valioso investimento por parte do senhor.<sup>143</sup>

Aos poucos, conseqüentemente, a economia colonial, baseada no latifúndio escravocrata, aparece na legislação e nas cartas de concessão de sesmarias, a exemplo do que ocorre já no Regimento dos Provedores, de 1548, onde consta a exigência de “engenhos de açúcar”. Com esta exigência, aliás, o antigo princípio do fundamento do cultivo ganha (com o capítulo XI do referido regimento) os moldes da monocultura para exportação, a partir de dois novos elementos que passam a integrar o conteúdo dominial: o dever de contribuir para com a proteção das terras e da Coroa, mediante construções militares, e o direcionamento da produção agrícola ao cultivo da cana-de-açúcar.

“Foi o modo de produção do açúcar aqui implantado que conformou nos primeiros tempos da colonização o regime de terras e, demais, toda a sociedade de então sobre ele se erguia”.<sup>144</sup>

A produção açucareira, imposta às sesmarias em razão de interesses mercantis da Coroa, estava conjugada com outro elemento fundamental da economia colonial: a posse de escravos.

Naquele momento possuir escravos era, não raras vezes, condição para receber terras em sesmarias; o que tinha respaldo na ordem jurídica de então.<sup>145</sup>

Citado por Laura Varela, ilustra Gorender, o movimento de confirmação à lógica da economia escravocrata:

---

<sup>142</sup> VARELA. **Das sesmarias...**, p. 78.

<sup>143</sup> Ibid., p. 79.

<sup>144</sup> GUIMARÃES, op. cit., p. 61.

<sup>145</sup> Exemplos são o Alvará de 08/12/1590, o Relatório do Marques de Lavradio 19/06/1779, a Carta de 1753 e o Alvará de 05/10/1795, § 11 e § 12: “exigia a venda ou alienação das terras recebidas, no prazo de 2 anos, caso não tivesse o Senhor possibilidades e escravatura para cultivá-las”.

As relações escravistas, como não poderia deixar de acontecer, adquiriram expressão econômica e jurídica na propriedade territorial escravista, por mais que o disfarçassem certos apêndices institucionais transplantados de Portugal e que, no Brasil, tiveram vida mirrada ou adquiriram função diferente da original.<sup>146</sup>

A citada adequação das sesmarias à dinâmica do escravismo somada à possibilidade de sua alienabilidade após o prazo de três anos, revela uma tendência a um direito pleno da propriedade da terra. Ainda era apenas tendência, em razão da previsão jurídico-positiva e pela intervenção da Coroa a fim de que a legislação fosse cumprida.

Com efeito, mister se faz destacar, novamente, o caráter de domínio condicionado, não absoluto, não pleno, cuja transformação constitui o foco do presente item.

A seu tempo, o latifúndio somado à mão de obra escrava, é característica também de outras colônias americanas, em razão da plantagem,<sup>147</sup> a exemplo dos engenhos-de-açúcar, que pela sua estrutura de funcionamento precisavam de grandes áreas.

Outras culturas que movimentam a economia colonial, tais como a do algodão e a do café, pelo seu caráter itinerante e pelo rápido esgotamento do solo, igualmente, exigiam extensas porções de terras como explica Hebe Castro: 'Se a obtenção legal de sesmarias era relativamente fácil para quem tinha cabedais de escravos, as necessidades de terra dos fazendeiros iam muito além das áreas efetivamente cultivadas, dado o caráter itinerante dos sistemas agrários adotados (...)'.<sup>148</sup>

Laura Varela afirma que a necessidade de grandes áreas e o estabelecimento dessas áreas nas mãos de poucos fez surgir uma interpretação equivocada de que as sesmarias seriam as responsáveis pela formação de latifúndios em terras brasileiras, e não resultante da dinâmica do sistema colonial. Para ela:

Mais do que um espírito aristocrático e latifundista, a estrutura dos núcleos econômicos de produção agrícola auxilia-nos a compreender a existência de grandes extensões de terras incultas, em áreas concedidas a título de sesmaria, juridicamente sujeitas ao dever de cultivo expresso nas Ordenações.<sup>149</sup>

O apresentado quadro fundiário é resultado, então, da citada estrutura de produção agrícola, o que explica, por outro lado, as inúmeras ordens, avisos e cartas

<sup>146</sup> GORENDER, Apud, VARELA. **Das sesmarias...**, p. 83.

<sup>147</sup> Termo de Jacob Gorender.

<sup>148</sup> VARELA. **Das sesmarias...**, p.87.

<sup>149</sup> VARELA. **Das propriedades...**, p. 754.

régias pelos quais a Coroa invocava o dever de cultivar a terra, sendo que em caso de descumprimento as terras deveriam reverter à Coroa e ser dadas a quem as cultivasse.

Talvez um dos mais importantes Alvarás do período colonial foi o de 05/01/1785, que dizia que “as dadas ou datas de sesmarias sempre foram concedidas com a condição essencialíssima de se cultivarem suas terras”.

Para a confirmação última da concessão, eram exigidas informações sobre o efetivo cultivo. Por outro lado, em concordância com a orientação voltada ao estímulo do cultivo, e diante das já mencionadas estruturas do núcleo de produção agrícola e imprecisão quanto às fronteiras das sesmarias, foram freqüentes as ordens régias para impor limitações quanto à extensão acompanhadas do dever de registrar, presente desde 1549 (deveres estes que inexistiam na legislação).

Característica essencial do domínio sesmarial é também a imprecisão de seus limites, o que não é possível na propriedade absoluta que se formaria no século XIX.

Havia grande variação nos documentos da época quanto à extensão máxima imposta às concessões. Houve inclusive contradições entre diferentes documentos.

Em 1753, a Provisão de 20/10 procurando acabar com tais incertezas e contradições, generaliza para todo território brasileiro a limitação das concessões em três léguas quadradas. “Exemplos de latifúndios, todavia, não faltam na história territorial brasileira explicando a estrutura desigual de distribuição de terras que até hoje perdura”.<sup>150</sup>

Objeto de preocupação da esparsa legislação sesmarial também foi o dever de medir e demarcar a terra concedida, ou já referido dever de registrar, instituído por Duarte Coelho em Pernambuco.

Na tentativa de regulamentar a propriedade sesmarial brasileira, a Coroa impõe exigências condizentes com os ditames da política mercantilista e invoca, como valor jurídico constante, a obrigatoriedade do cultivo das terras concedidas. Observa-se uma permanente tensão entre o referido valor jurídico, que inspira o discurso e a legislações régias, e o processo prático de apropriação das terras (um dos muitos signos do conflito, muitas vezes à tona, entre os

---

<sup>150</sup> Sesmarias dadas de 4 léguas em quadro como as de Macoele de Borba Gatto na Capitania de Minas (1710) ilustrou o critério de favorecimento político-militar que orientava as concessões de sesmarias. O que neutraliza os esforços dispersos na legislação restritiva. Que se registre, em contrapartida, as freqüentes manifestações contrárias à concentração de terras, a exemplo da que partiu da Câmara Municipal da Vila da Mocha que se dirige a Dom João V, em 1745, com o objetivo de cobrar foro. (VARELA. **Das sesmarias...**, p. 95).

interesses da Coroa e os da elite local) na dinâmica da economia colonial que importará ao conteúdo dominial outros elementos.<sup>151</sup>

Embora ressalvada a característica de “reino de efetividade”, permanece integralmente válida, para a realidade proprietária colonial, a lição de Grossi relativa ao “conteúdo” da propriedade pré-moderna. A propriedade sesmarial em seu desenho jurídico continua sendo condicionada, não absoluta, sujeita às imposições da Coroa.

Houve a tentativa do estabelecimento da cobrança de foro sobre as terras dadas em sesmarias, em 1.695 (Carta Régia de 27/12/1695), no entanto a citada tentativa não se logrou efetiva tendo sido abolida já em 1.831.

Ademais, houve outros deveres além do foro e dos já citados, quase sempre freqüentes nos títulos de sesmarias.<sup>152</sup>

Em suma, da posse de escravos à construção de engenhos, das limitações de tamanho à demarcação e confirmação, inúmeras são as cláusulas que condicionam a propriedade sesmarial, variando, naturalmente, consoante as necessidades econômicas de cada região, como mostra Helen Osório acerca da exigência de criação de gado presente na experiência jurídica sesmarial do sul do país. Muito dista a sesmaria, portanto, da propriedade absoluta consagrada nas principais codificações oitocentistas.<sup>153</sup>

Verifica-se, assim como delineado pela última citação, que a mentalidade proprietária de então não se traduz como aquela do arquétipo napoleônico-pandectista (absoluta e ilimitada) ao contrário, ela se revela como uma “propriedade”, não absoluta, limitada e condicionada. O que há, essencialmente, é a verificação na ordem jurídica de uma realidade valorativa circulante no Brasil colonial, que se traduz na exigência do cultivo como essencialidade para se possuir a “propriedade” de terras naquele momento.

O aproveitamento – aproveitar é a palavra escrita por Pero Vaz de Caminha, recolhida das Ordenações e repetida no Regimento de Tomé de Souza – não seria mera formalidade, nem reminiscência histórica sem conteúdo legal. Se, na ausência de reclamações, com a abundância de terras, a cláusula restritiva pouco se aplicava, em caso de disputa ela

<sup>151</sup> Ibid., p. 99.

<sup>152</sup> Fonseca elenca alguns outros, os quais ilustra-se com os seguintes: “1) Se, nas terras concedidas, se houvesse de fundar alguma villa ou povoação, o sesmeiro abandonaria o sitio, compensando-lhe em outra parte; 2) as madeiras de lei existentes nas matas pertenceriam a coroa, reservadas especialmente para construções navaes; (...) 4) o sesmeiro era obrigado a dar caminhos públicos e particulares por suas terras para portos, pedreiras e fontes; 5) Não podia o sesmeiro assenhorar-se das aldeias dos índios e das terras que estes ocupam, sob pena de privar-se de sua sesmaria; (...)”. (FONSECA. **A lei de terras**..., p. 73).

<sup>153</sup> VARELA. **Das sesmarias**..., p. 83.

mostrava vida enérgica: sesmaria não aproveitada era sesmaria cuja concessão caducara irremediavelmente, como se vê de alguns episódios conservados no Tombo do Mosteiro de São Bento de Olinda. (...) Podia haver transigência e fechar de olhos diante de sesmaria não aproveitada no prazo, mas nunca a exigência foi dispensada, constituindo, mesmo, o ponto mais saliente do sistema.<sup>154</sup>

Diante da confusa legislação sesmarial, a Coroa, em uma das derradeiras tentativas de efetivá-la, edita Alvará de 05/10/1795 do Conselho ultramarino, que se limita a reafirmar uma série de deveres ou condições já existentes na legislação esparsa, com o diferencial inovador de atribuir efeito retroativo às suas determinações. Estabelece especial ênfase ao dever de demarcação, sendo que a confirmação só se realizaria após o cumprimento desta. Cria também o mecanismo de fiscalização. Fixa limites para a extensão da sesmaria próxima a centros urbanos e afirma o dever de cultivo. Mas, como já era de se imaginar, em razão da já mencionada tensão que marcava as relações entre a elite e o poder central da metrópole, tem-se a quase imediata revogação do Alvará de 1795 (um ano depois), por ser muito rigoroso nas exigências impostas aos latifundiários.

Paralelamente à existência das concessões sesmariais, verdadeiros latifúndios, houve em grande extensão as posses de terras. E, pelo fato de serem as divisões feitas a olho nu, era grande o número de questões possessórias.

Um caótico quadro da distribuição territorial ao final do século XVIII se apresenta; isso porque grande era o número de sesmarias não demarcadas, nem registradas, nem confirmadas assim como significativo era o número de meras “posses”, prática comum de aquisição de terra. Prática que se firma frente aos burocráticos trâmites administrativos para concessão de sesmarias, somados às reiteradas tentativas da Coroa em cercear os abusos dos sesmeiros que se apossavam de mais terras que o permitido, mas dos quais a Coroa precisava, e por isso acabava por ceder às pressões das elites locais, de quem dependia para a defesa de fronteiras.<sup>155</sup>

---

<sup>154</sup> FAORO, op. cit., p. 142/143.

<sup>155</sup> VARELA. **Das propriedades...**, p. 755.

#### 4.2.3 Um ponto final às sesmarias

Diante do referido quadro, fechava-se o cerco às sesmarias, e finalmente, em 1822, uma resolução do Príncipe Regente põe fim ao regime de sesmarias, colocando um ponto final num longo período da história agrária brasileira. Passou-se a reconhecer como legítimas apenas as sesmarias que tivessem seguido a lei, que tivessem sido medidas, lavradas, demarcadas e confirmadas, sendo então conhecidas como propriedade privada.<sup>156</sup>

Com a Constituição Imperial de 1824, extingue-se o instituto das sesmarias, contudo suas conseqüências permanecem: ideologia da terra como concessão pelo poder político, e supremacia do título de propriedade sobre o trabalho.

O interessante é que a Constituição Imperial, que foi a primeira do Brasil, e que seria promulgada logo em 1824, dizia de modo solene em seu artigo 179 – e em grande parte repetindo os termos das declara de direitos americana e francesa e também o *Code Civil* francês – que era garantida a ‘inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade...’ e, no inciso XXII desse artigo lia-se que ‘é garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude’.<sup>157</sup>

A partir desse marco constitucional Ricardo Marcelo Fonseca aduz que se vê já no Brasil, que até a metade do século XIX era marcado pelo escravismo, e que herdara um sistema de terras orientado por alguns institutos feudais e por práticas de ocupação, a presença agora de um regime flagrantemente iluminista e liberal (formalmente), o qual fazia referência a um sujeito livre e proprietário dotado de universalidade.<sup>158</sup>

Cria-se a idéia de poder absoluto, dele podendo o proprietário dispor, destruir etc., idéia esta que vinha de encontro ao ideário (primário) das sesmarias: transferir, compulsória e gratuitamente, a terra, para terceiro que quisesse produzir.

A extinção do regime sesmarial ocorre no contexto do início da expansão da economia cafeeira e do movimento que culminou na Independência, estando na

---

<sup>156</sup> Em breve, o título de concessão de sesmaria passará a ser o primeiro documento comprobatório de propriedade privada da terra no Brasil, já com os moldes da propriedade moderna, como se verá adiante.

<sup>157</sup> FONSECA. **Lei de terras...**, p. 106/107.

<sup>158</sup> *Ibid.*, p. 106.



pauta de discussões a necessidade de regulamentação da propriedade privada.<sup>159</sup> É imperioso lembrar também que a Inglaterra pressionava pelo fim do tráfico negreiro o que implicaria uma reformulação do sistema produtivo brasileiro, ancorado na economia escravocrata.

A essa crise do trabalho escravo responderia a elite colonial com o processo de organização da propriedade privada e mercantilizada da terra. A expansão cafeeira favorece a valorização da propriedade da terra, oferecendo bases econômicas para a passagem à mão de obra livre.<sup>160</sup>

Nas primeiras décadas do século XIX as sesmarias eram identificadas como um atraso na agricultura e no desenvolvimento econômico em geral.

Entretanto, tem-se a partir de 1822 um período de transição das sesmarias às terras devolutas, o qual perdurou por 28 anos, até a Lei de Terras (1850). Tal período passou a ser conhecido como “regime de posse” pelos agraristas.

Com a extinção das concessões sesmarias iniciou, então, o citado “regime de posses”, que durou até a Lei de 1850, o qual se dava com o mero apossamento de terrenos para exploração agrícola e pecuária, praticado por grandes e pequenos.

Era, pois, um verdadeiro costume *contra legem* num universo jurídico que ainda desconhecia a regulamentação do direito de propriedade em termos napoleônico-pandectistas, nem mesmo a noção de lei estatal como fonte jurídica soberana.

Com efeito, o maior problema a ser enfrentado pela futura legislação de 1850 era a mera *ocupação* ou *posse* das terras.

Houve uma provisão de 14 de março de 1822 que garantira a permanência nas terras aos posseiros que efetivamente as cultivassem, o que revelou a valorização no plano legal das posses acompanhadas do efetivo aproveitamento econômico.

<sup>159</sup> Nelson Werneck Sodré resume o quadro do século XIX: “de qualquer forma, na primeira década da segunda metade do século, as alterações que o quadro brasileiro apresenta são flagrantes: as primeiras linhas telegráficas são de 1852; a primeira ferrovia de 1854. É um período financeiro de euforia: novas iniciativas comerciais, industriais e financeiras aparecem. A circulação monetária alarga-se demasiado, com a faculdade emissora concedida ao Banco do Brasil. Empreendimentos novos surgem a cada passo e alteram a fisionomia, que guarda tão profundos os traços coloniais ainda, de um país cujo desenvolvimento demográfico começa a tornar-se expressivo e que amplia a área conquistada para a agricultura, com perspectivas excelentes de colocação da produção no mercado externo. O domínio do poder pela classe senhorial está consolidado.” (SODRÉ, N. W. A formação histórica do Brasil – 1962. In **A questão agrária no Brasil: o debate tradicional – 1500-1960**/ João Pedro Stédile (org). São Paulo: Expressão Popular, 2005, p. 117).

<sup>160</sup> GUIMARAES, op. cit.

Na época, não só na legislação, mas também nos litígios envolvendo posse de terrenos, freqüentemente são invocados o *cultivo* e a *morada habitual* como fundamentos jurídicos a legitimarem pretensões, tanto de pequenos posseiros quanto de latifundiários. “A cultura efetiva, a morada habitual e a posse aliada ao trabalho aparecem, então, como contraponto às cartas de sesmaria”.<sup>161</sup>

O fim do regime sesmarial coincide com o reconhecimento da importância do cultivo para legitimação das ocupações de terras.

O quadro fundiário brasileiro de então se caracteriza por um complexo de situações: havia sesmarias integralmente regularizadas; sesmarias não regularizadas cujo concessionário tinha a posse e não o domínio; as glebas ocupadas por simples posses e, por fim, as terras sem ocupação.

Ademais, nesse período tem-se uma forte atuação do Estado no sentido de impedir a ocupação territorial chamada de desordenada; para isso necessitava de Lei que o legitimasse, já que agora o Estado era Constitucional, de Direito.

A idéia de trabalhador livre na construção do Estado Nacional Brasileiro encontrava duas barreiras sérias: a força de trabalho escrava e as limitações no contrato de aquisição originária de terras. Se havia terras em fartura por que não permitir que cada um buscasse seu sustento e destino em uma terra que tornasse produtiva? Era evidente que sujeito a um salário de fome ou ao trabalho escravo, o trabalhador preferiria explorar um pedaço de terra próprio.<sup>162</sup>

É claro que diante da continuidade da citada desregulação da apropriação das terras, o nascituro trabalhador livre preferiria viver em uma gleba própria; daí a preocupação do recente Império constitucional em elaborar uma Lei para solução da “ocupação desordenada”.

---

<sup>161</sup> VARELA. **Das sesmarias...**, p. 99.

<sup>162</sup> MARÉS, Carlos Frederico. **A Função Social da Terra**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003. p. 67.

### 4.3 A LEI DE TERRAS E O ADVENTO DA MENTALIDADE PROPRIETÁRIA MODERNA NO BRASIL

Resumindo, é possível afirmar que o que se pode traduzir como “propriedade” pré-moderna brasileira foi, em verdade, a história da propriedade sesmarial.

A história da propriedade sesmarial é antes uma história de diversas formas de apropriação da terra, de múltiplas propriedades, múltiplos deveres – de princípios próprios a um reino de efetividade. Embora, por vezes, os deveres de cultivo não se realizassem, a propriedade sesmarial é, ainda assim, muito diferente da forma abstrata que caracteriza o direito de propriedade nas codificações liberais.<sup>163</sup>

Com efeito, aquela propriedade condicionada, entre outros, ao dever do cultivo, limitada e cedida sofreu um processo de ruptura o qual é marcado essencialmente por marcos legislativos e novos posicionamentos doutrinários, o que quer dizer que ocorreu primeiramente, quase totalmente, no plano formal.

O processo de absolutização da propriedade foi, em Portugal, um processo de ruptura em relação a uma estrutura hierarquicamente organizada de deveres entre outras características da propriedade feudal. Já no direito luso-brasileiro, foi uma ruptura em relação à propriedade pública, que se traduziu nas sesmarias.

Contudo, o processo de modernização da propriedade brasileira para Laura Varela (um dos referenciais teóricos do presente estudo), ocorreu, em termos jurídicos, de duas formas principais: modificação legislativa e modificação doutrinária, as quais serão analisadas de forma não descolada do quadro econômico, social e político que permeiam aquele processo, e que traduz a mudança da mentalidade jurídica proprietária.

#### 4.3.1 Panorama histórico do século XIX

O estatuto jurídico da propriedade moderna, arquétipo napoleônico-pandectista, começa a ser esboçado no Brasil a partir dos anos 50 do século XIX, época em que se inaugura uma série de transformações econômicas, sociais e políticas. Tanto é que Sérgio Buarque de Holanda destaca o período como de febre de intensas reformas, especialmente de 51 a 55. Benedetto elenca, como exemplos

---

<sup>163</sup> VARELA. **Das sesmarias...**, p. 118.

dessas transformações, a fundação do 2º Banco do Brasil e do Banco Rural hipotecário; inauguração da 1ª linha telegráfica, e da 1ª estrada de ferro; a propagação das sociedades anônimas; e o início do processo de abolição da escravidão.<sup>164</sup>

E é no mesmo período que o instituto jurídico da propriedade moderna começa a se apresentar no Brasil. Entretanto, um sistema formal e autônomo de propriedade feito pelo Estado brasileiro não tem mais que 150 anos.<sup>165</sup>

A espera de 28 anos por uma regulamentação de Portugal (de 1822 a 1850) fez com que se promulgasse a lei de 1850. Sendo que essa utilização da terra à margem do direito, essa omissão do Estado em disciplinar o uso, gozo e a disposição, se deu, justamente, porque não era ela o bem de maior importância na época, mas sim os escravos. Alguns eventos dessa febre se ligam mais à construção do ordenamento jurídico brasileiro da propriedade.

Ademais, como já esperado, a regulamentação da propriedade de terras, além de fornecer um bem garantidor do crédito em substituição ao escravo,<sup>166</sup> está ligada à imigração européia que se procura incentivar e ao fornecimento de mais mão de obra para a lavoura.<sup>167</sup>

A necessidade de organizar o direito à propriedade privada da terra, à luz dos princípios do Direito público moderno, está essencialmente conjugada com a constituição de uma “nação” independente.

“O discurso progressista do momento da independência articula os elementos da emancipação de direito do Brasil Colônia: o fim da escravidão, a organização da propriedade privada da terra e o fomento da agricultura” são componentes de um ideário liberal que se formava.<sup>168</sup>

Houve na segunda metade do século XIX uma gradativa introdução das relações capitalistas de produção na América Latina, de maneira que o Brasil também teve de se adaptar. Tal processo em terras brasileiras se deu com a

<sup>164</sup> BENEDETTO. R. di. **Formação histórica do instituto da propriedade no Brasil no século XIX**, 2002. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p. 6/7.

<sup>165</sup> Ibid., p. 7.

<sup>166</sup> “Logo que, em curtos anos, os produtos de exportação ganharam o primeiro plano – primeiro e quase exclusivo plano monocultor –, a terra só valeria com grossos investimentos, sobretudo com a compra do escravo africano. Num quadro válido para o açúcar e o café, no curso de trezentos anos, a terra representaria o valor de um décimo do valor da escravaria.” (FAORO, op. cit., p. 143).

<sup>167</sup> Id.

<sup>168</sup> VARELA. **Das sesmarias...**, p. 102.

expansão econômica do café; com o fim do tráfico negreiro e com a introdução da mão de obra assalariada.

Com efeito, quanto à terra, são pressupostos do sistema capitalista, sua propriedade privada absoluta e a possibilidade de sua mercantilização. A lei de terras, então, no contexto em que se deu – introdução das relações capitalistas de produção – para Lúcia Osório Silva, “daria as condições jurídicas para que a terra viesse a se tornar uma mercadoria aceitável nas transações entre credores e fazendeiros”.<sup>169</sup>

Há, então, uma diferença entre esse novo modelo proprietário e a antiga propriedade sesmarial, esta que não atribuía um direito pleno, em termos absolutos, em razão das diversas condições existentes, o que, de certa forma, nos permite verificar um período de transição de mentalidades.

Mas, a mercantilização plena da terra só pode ser compreendida se relacionada com a crise do trabalho escravo, vale dizer, com a gradativa introdução da venda da terra como equivalente de capital a substituir o trabalho escravo.

Destarte, a tendência de capitalização da terra e da formação de um mercado para tal se dá em relação aos locais da expansão cafeeira.

A gradual mudança econômica é, então, acompanhada por transformações no plano das mentalidades, fomentadas pela expansão de idéias européias em compasso com as teses de Wakefield, teórico inglês. Wakefield preconizava a extensão de mercado mediante a emigração e a organização da propriedade e das relações de produção nas colônias. Sua teoria da colonização sistemática pressupunha a intervenção estatal; ainda criava a idéia de preço mínimo visando dificultar o acesso à terra da seção do Império.

Em 1848, com os conservadores, o debate sobre a regulamentação da propriedade vem à tona novamente. Insere-se na estratégia uma passagem gradual para a mão-de-obra livre.

Finalmente, é em 1850 que se promulga a citada Lei nº. 601, “Lei de Terras”, que vigorou mais de 50 anos como a única legislação reguladora da apropriação territorial no Brasil. A nova Lei de Terras procurará conferir um estatuto jurídico à propriedade privada, adequando-a às novas exigências econômicas, além de fomentar a colonização.

---

<sup>169</sup> SILVA, Lúcia Osório. **Terras Devolutas e latifúndio**: efeitos da Lei de 1850. Campinas: Editora da Unicamp, 1996. p. 137.

#### 4.3.2 A Lei de Terras e seu regulamento

Com efeito, a premente necessidade de se concentrar e demarcar as terras devolutas<sup>170</sup> decorreu do projeto governamental de colonização do território. E a vinda de colonos livres seria financiada pela venda das ditas terras devolutas.<sup>171</sup>

Laura Varela afirma que “até o final do século XIX os discursos parlamentares associam o aumento da produtividade agrícola à substituição do elemento servil pelo colono livre e à estrutura da pequena lavoura”.<sup>172</sup>

Dentro daquela perspectiva, Ligia Osório sintetiza alguns interesses que nortearam a promulgação da lei de Terras:

(...) cabe fazer algumas observações sobre o intuito contido nela de facilitar a transformação da terra numa mercadoria capaz de substituir o escravo nas operações de crédito para os fazendeiros (...) A fragmentação da propriedade tinha o objetivo de criar uma demanda de terras por parte dos pequenos colonos que faria subir o preço da terra e a tornaria mais apta a substituir os escravos nas hipotecas e operações de crédito. Era, portanto, do interesse dos fazendeiros, que poderiam obter crédito usando a terra como garantia dos seus empréstimos e também dos seus credores, banqueiros, financistas e comissionários, que caso executassem as hipotecas teriam uma mercadoria negociável nas mãos.<sup>173</sup>

Também como já tratado, a passagem do trabalho escravo ao livre é transição de uma determinada organização jurídica da terra a outra. A Lei de Terras, pois, é que traduz esse divisor de águas; é norma de transição.

Ela procura de um lado legitimar apropriações anteriores (sendo critério legal o efetivo cultivo e morada sobre as terras); e, por outro, instituir novas regras para maior controle da colonização pelo Estado.

Ricardo Marcelo Fonseca ainda chama atenção para o fato de que seu primeiro objetivo foi estabelecer o regime de aquisição de terras, o que se deu ao se estabelecer como *único* modo de aquisição das, agora, terras devolutas, a compra e

<sup>170</sup> Ligia Osório Silva afirma que o termo “terras devolutas” foi aplicado na lei de Terras em suas duas acepções, para tanto ela cita a definição do art. 3º em que essencialmente seria as terras que não se achassem aplicadas a algum uso público ou particular, seja por sesmarias ou por posse, como sendo uma concepção moderna; ademais, “essa redefinição tornou legal o sentido com o qual o termo devoluto tinha sido aplicado desde os tempos coloniais, como sinônimo de vago. Como vimos, o sentido original de devoluto era aquele de terra concedida, que pelo fato de o concessionário não preencher as condições da concessão, voltava ao senhor original, no caso, à Coroa. (...) O termo devoluto foi aplicado na lei nas suas duas acepções, a antiga e a moderna, de vago, inculto. (SILVA, op. cit., p. 156/157).

<sup>171</sup> A preocupação com a colonização já aparece em diplomas legais anteriores como a Lei 514/1848; houve ainda, outras medidas como o pedido de informação do Governo em 06 de março de 1854.

<sup>172</sup> VARELA, **Das sesmarias...**, p. 136.

<sup>173</sup> SILVA, op. cit., p. 137.

venda (artigo 1º), pondo fim, ao menos no âmbito legislativo, à prática secular de aquisição de terras por meio da posse, sob risco de penalidades (artigo 2º).<sup>174</sup>

Na citada legislação merecem melhor atenção alguns dispositivos, além dos que aludem ao critério do cultivo, como aqueles referentes à definição de terras devolutas, à proibição de sua aquisição por outro título que não a compra, e a instituição do preço mínimo, pautados na doutrina Wakefield.

O artigo 3º definia terras devolutas.<sup>175</sup> Já o 4º estabelecia os procedimentos para revalidação das sesmarias e concessões, assim como (artigos 5º e 6º) houve o estabelecimento dos requisitos para revalidação das posses, que tinham como principal exigência o fato da terra estar cultivada.

Houve, ademais, a estipulação de medição obrigatória dos terrenos, sob pena da perda do direito sobre as terras (artigos 7º e 9º). O artigo 10 expressamente dizia que o governo deveria, de modo prático, “extremar o domínio público do particular”.<sup>176</sup>

Graças à lei, a propriedade particular se extremou da terra devoluta, gozando a primeira, além de um título certo para garantia de sua empresa, de um registro paroquial, embrião capaz de separar o senhor da terra do mero pretendente ao usucapião. Para o futuro as terras públicas só seriam adquiridas por meio da compra, com a extinção do regime anárquico das ocupações.<sup>177</sup>

Além disso, os artigos 14, 15, 16 e 17 estabeleciam procedimentos de venda das terras, sendo que o artigo 14, em seu § 2º estabelecia o preço mínimo. O citado preço mínimo que visava dificultar o acesso ao lavrador pobre, tinha para Wakefield o objetivo de “prevenir os trabalhadores de virem a se tornar proprietários de terras”

<sup>174</sup> FONSECA. **Lei de terras...**, p. 108.

<sup>175</sup> Art. 3º - São terras devolutas: § 1º As que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal. § 2º As que não se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do governo Geral Provincial, não incursas em comisso por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura. § 3º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas por esta lei. § 4º serão revalidadas as sesmarias, ou outras concessões do Governo geral ou provincial, que se acharem cultivadas, ou com princípios de cultura e morada habitual do respectivo sesmeiro ou concessionário, ou de quem os represente, embora não tenha sido cumprida qualquer das outras condições, com que foram concedidas. Para Laura Varela a definição das Terras devolutas expressa, fundamentalmente, a necessidade ao Estado de controlá-las, a fim de instrumentalizar os objetivos de colonização e gradual substituição da mão-de-obra escrava. (VARELA. **Das sesmarias...**, p. 136).

<sup>176</sup> Roberto di Benedetto após afirmar a emergência da figura do proprietário, que segundo ele só passa a existir no Brasil depois de 1.850, concluiu que surgiram “dois tipos de proprietários: o proprietário Estado e os proprietários particulares, assim como as diferentes formas de acesso e uso da terra seriam reduzidas a duas: a terra de propriedade pública ou de propriedade privada”. (BENEDETTO, op. cit., p. 44).

<sup>177</sup> FAORO, op. cit., p. 11.

n. 381. O preço mínimo e a rígida proibição da ocupação das terras devolutas são, portanto, duas faces da mesma moeda.

Destarte, Roberto di Benedetto, descreve o pano de fundo sobre o qual se hospeda o “preço mínimo”; ele afirma que para os grandes produtores um camponês europeu, livre de quaisquer amarras com o fazendeiro, não resolveria o problema dos braços da lavoura e aumentaria a disputa pela terra. Portanto, o preço da terra deveria dificultar a aquisição pelo europeu: foi o que o “preço justo” da Lei de Terras objetivou. Então, além de impedir a formação de um campesinato, o preço seria uma fonte de financiamento para a imigração, outro objetivo da lei.<sup>178</sup>

Com efeito, os artigos 18, 19 e 20 visavam à colonização, que era outro ponto importante da lei, com a autorização do governo para fins de financiamento da imigração da mão de obra livre. De resto, o artigo 21 estabelecia um órgão de registro das terras, a “Repartição Geral das Terras Públicas”, que deveria orientar a medição, divisão e descrição das terras devolutas, assim como fiscalizar a sua venda e distribuição, além de promover a colonização estrangeira.<sup>179</sup>

A partir desse quadro deveria restar delimitado o domínio público e o particular. Identificadas as terras públicas, elas poderiam ser vendidas pelo Estado “em hasta pública ou fora dela” e “como e quando julgar mais conveniente”. A partir, então, da Lei de Terras, passa-se a observar de modo claro a figura do proprietário.<sup>180</sup>

Ou seja: o conjunto da lei buscava atribuir ao jovem Estado brasileiro um estudo de propriedade que fosse genuinamente moderno, livre dos traços do antigo regime. Tratava-se de um conjunto de medidas que buscava deixar definitivamente para trás um sistema em que se concebia a terra essencialmente como fonte de prestígio social para um período no qual ela representa essencialmente poder econômico.<sup>181</sup>

Houve, mais tarde, um regulamento da Lei de Terras, o Decreto Imperial nº 2.318 de 1854, para caracterizar as normas que serviriam para o processo da referida distinção; criou-se, para tanto, a figura do Juiz comissionário (artigo. 30) em

---

<sup>178</sup> Ibid., p. 39/40.

<sup>179</sup> Art. 21: Fica o Governo autorizado a estabelecer, com o necessário Regulamento, uma Repartição especial que se denominará Repartição Geral das Terras Públicas, e será encarregada de dirigir a medição, divisão e descrição das terras devolutas, e sua conservação, de fiscalizar a venda e distribuição delas, e de promover a colonização nacional e estrangeira.

<sup>180</sup> FONSECA. **Lei de terras**..., p 109.

<sup>181</sup> Ibid., p. 110.



um procedimento de cunho contencioso-administrativo.<sup>182</sup> E, ao lado do título, havia agora a necessidade de registro, conforme previa o artigo 13 do regulamento. Com efeito, o Regulamento de 1854 instituiu o aludido registro, conhecido como “Registro do Vigário”, devido ao papel dos párocos na organização dos dados sobre a terra. (artigos 91 e 97)

O registro do vigário tinha como objetivo meramente o levantamento estatístico de todos os possuidores de terras. E, corroborando com a intenção do regulamento, Teixeira de Freitas afirma: “teremos uma simples descrição estatística, mas não uma exata conta corrente de toda propriedade imóvel do país, demonstrando sua legitimidade e todos os seus encargos”.<sup>183</sup>

Mas, em que pese o regulamento prever multa para quem não registrasse suas terras, para os fazendeiros era preferível acionar sua rede de relações pessoais que realizar um registro assegurando o seu direito à terra com base num documento (Registro Paroquial de Terras). Foi, portanto, limitada a efetivação da lei e de seu regulamento, até porque os senhores rurais encontraram apoio na doutrina jurídica, a exemplo de Teixeira de Freitas, para quem os procedimentos de revalidação e legitimação constituíam uma *faculdade*, não havendo o dever de legitimar e de revalidar.<sup>184</sup>

Além da definição do estatuto jurídico das terras devolutas, vão se formando lentamente os contornos do direito de propriedade privada, “suas características, pressupostos e efeitos”. Possibilita-se a afirmação de seu caráter absoluto, ilimitado, próprio do modelo proprietário moderno.

Na esteira de Laura Varela,<sup>185</sup> a transição da forma concessionária à forma jurídica plena da propriedade territorial será analisada através do cultivo. Isso porque a lei identifica terras devolutas como as “incultas”. É por isso também que aproveitamento econômico, cultivo – princípios de cultura e morada habitual – é o parâmetro utilizado para proceder às revalidações sesmarias e legitimações de posses; é dizer, a Lei regularizava essas formas de ocupação, determinando que os sesmeiros e posseiros, sob determinadas condições, se tornassem proprietários.

<sup>182</sup> Havia também a figura do Inspetor Geral de medições, para as terras propriamente devolutas e a do juiz municipal para os detentores de um título legítimo de terras, a diferença destes é que não precisavam passar por um processo de reavaliação e legitimação. O objetivo final era, pois, a obtenção de um título, este que se identifica como instrumento da formalização do direito de propriedade.

<sup>183</sup> VARELA. **Das sesmarias**..., p. 151.

<sup>184</sup> Ibid., p. 153.

<sup>185</sup> Id.

O cultivo, pois, antigo princípio da legislação portuguesa, é fundamento, agora, da nova ordem proprietária. Nessa nova ordem proprietária, contudo, o cultivo deixa de ser elemento do direito. O criado direito de propriedade, abstratamente, prescindirá do velho fundamento.<sup>186</sup>

Após a Lei não mais poderá o critério do cultivo ser chamado a penalizar senhores de terras. O Estado não mais poderá reaver terras não cultivadas, salvo em casos de desapropriação mediante indenização prévia.

É dessa forma que se delinea a transição de uma forma jurídica proprietária à outra (de uma condicionada pré-moderna a uma incondicionada absoluta).

De outro lado, o cultivo ainda foi utilizado para revalidar as sesmarias e as legitimações de posses, conforme dispunham os artigos 4º e 5º da Lei de Terras. Ademais, volta o cultivo a ser mencionado na caracterização do abuso: o artigo 6º procura estabelecer, negativamente, o que se entendia por cultivo para fins de regularização fundiária. Também os artigos 8º e 9º valorizam o cultivo como critério de exceção aos deveres de medição e demarcação. Por fim, o princípio do cultivo atua como critério de preferência para compra de terras devolutas (artigo 15).

Dessa forma, percebe-se a permanência dos princípios tradicionais do cultivo e da morada habitual, ainda na Lei de Terras.

Mas, com o tempo a ruptura se fortifica, e o princípio do cultivo dá lugar ao modelo de propriedade absoluta. As terras devolutas passam a ser as que não estavam aplicadas a algum uso público (nacional, estadual, municipal), e as que não estavam no domínio particular, em virtude de título legítimo, valendo o critério do cultivo apenas para as terras ocupadas antes de 1850.

Há, pois, o definitivo estabelecimento da propriedade dita moderna, individual, enquanto poder do sujeito sobre o bem, pela Lei de Terras, com limites claros e precisos, “como algo que exclui das eventuais virtudes da coisa a sua definição e origem, como algo que, consoante critérios muito precisos indicados pela lei, liga a coisa ao sujeito.”<sup>187</sup>

Com efeito, tem-se, com a formação de um modelo jurídico absoluto e pleno de propriedade, o afastamento do critério do cultivo como consequência lógica, em harmonia com a importada doutrina europeia e seu caráter de abstração.

---

<sup>186</sup> Id.

<sup>187</sup> FONSECA. **Lei de terras**..., p. 110.

Agora o domínio da terra estaria essencialmente ligado à idéia de sua exploração econômica: “se antes a propriedade era uma ‘doação’ a partir de então a propriedade deve ser uma mercadoria”.<sup>188</sup>

Foi apenas com a Lei de Terras que respingam no Brasil as concepções francesa e americana de propriedade do século XIX. Até então se pode afirmar que o regime jurídico da propriedade era “pré-moderno”. E, no âmbito do pensamento jurídico, é o advento legislativo que traz ao Brasil a citada concepção européia de propriedade “moderna”, enquanto projeção da sombra soberana do sujeito sobre a coisa, enquanto algo que disponibilizará os bens (e também a mão de obra) para um mercado livre e capitalista, enquanto algo absoluto e essencialmente individual.<sup>189</sup>

Sob outro aspecto, Laura evidencia que não pode a Lei de Terras ser mecanicamente associada aos interesses dos latifundiários, os quais, não constituindo um grupo hegemônico, por vezes repudiavam as imposições legais de demarcação e medição, ou desconheciam as vantagens da regularização fundiária. É importante ressaltar que alguns historiadores chegam mesmo a associar a referida Lei antes à pressão inglesa que aos interesses da classe senhorial, vez que “não colocava com premência a questão da regularização da propriedade da terra enquanto o antigo sistema produtivo colonial baseado no trabalho escravo e na apropriação livre das terras pudesse se manter”.<sup>190</sup>

Nesta tensão entre mudança e permanência, fica o princípio do cultivo, todavia, ainda na legislação sobre terras devolutas que antecede a promulgação do Código Civil.<sup>191</sup>

Com efeito, o cultivo estava presente nas legislações estaduais como fatos de legitimação da situação jurídica dos possuidores e sesmeiros irregulares. Foi, inclusive, comum, após a Constituição de 1891 que atribuiu as terras devolutas aos Estados membros, a prorrogação dos prazos originariamente instituídos para a legitimação das posses.

Essa série de leis que invocam os mesmos princípios de antes caracterizam, como dantes dito, o caráter de transição de um ordenamento jurídico-proprietário a outro.

---

<sup>188</sup> Ibid., p. 110.

<sup>189</sup> Ibid., p. 111/112.

<sup>190</sup> VARELA. **Das sesmarias**..., p. 159.

<sup>191</sup> Um exemplo da utilização do princípio do cultivo em outras normas jurídicas, mesmo após a Lei de 1850, foi a Lei paulista de 1927 que, mais de meio século após a Lei de Terras, ainda utiliza o cultivo como critério.

Importante verificar que na passagem da citada transição houve uma não-linearidade, bem como a convivência de fórmulas antagônicas – fundamento do cultivo e elaboração da técnica jurídica da propriedade abstrata – e, por outro lado, a impossibilidade de explicá-la por fórmulas ou associações suspeitas com determinado grupo social ou determinados interesses.

Na tratada transição de propriedade – viés jurídico de um grande processo de transformação econômica e social – outro elemento reside na regulamentação das hipotecas, instrumento para dinamizar o crédito, e dos registros, instrumento para a segurança e publicidade das relações jurídicas.

#### 4.3.3 A Lei da reforma hipotecária: meios para a mercantilização e absolutização da propriedade

A regulamentação da propriedade imóvel dependeu, sobretudo, dos cafeicultores do vale do Paraíba, sendo que, como já estudado, pode-se dizer que no Brasil, no período em análise, o poder era exercido por aqueles que possuíam a terra. Poder este que ao longo do século XIX é deslocado dos proprietários de terra para os proprietários de capital.<sup>192</sup>

Enquanto a cana-de-açúcar, a mineração e a grande parte da pecuária se desenvolvem sobre a sesmaria, o café participa de outras influências, ao alastrar nas vizinhanças da capital imperial. No decênio 1831-40, o café, no valor da exportação, sobrepuja o açúcar (43,8% sobre 24%), para não mais perder a liderança, até que, em 1881, a relação atinja 61,5% sobre 9,9%. Essa linha de projeção externa se constitui, internamente, com terra e dinheiro, num investimento que dependia muito do último fator, por ser produtiva a safra apenas no sexto ano do plantio. A terra por onde corre o café, às margens do Rio Paraíba, junto às estradas que demandam Minas Gerais, estava, no começo do século XIX, doada de velhos colonizadores, retraídos, em regra, da decência das minas.<sup>193</sup>

Roberto di Benedetto, ao tratar do assunto, afirma que antes se tinham os proprietários de terras, depois, com o controle sobre o Banco do Brasil, o Estado passa a ser o único fornecedor de crédito.<sup>194</sup>

---

<sup>192</sup> BENEDETTO, op. cit., p. 52/60.

<sup>193</sup> FAORO, op. cit., p. 12.

<sup>194</sup> BENEDETTO, op. cit., p. 60.

Até porque, na segunda metade do século XIX o fundamental para os grandes fazendeiros não era demarcar rigorosamente suas terras, mas sim conseguir crédito para financiar a produção.

Portanto, a regulamentação da propriedade imóvel somada à existência de um registro imobiliário confiável eram condições anteriores e necessárias para o funcionamento do instituto jurídico da hipoteca. Isso porque, como comentado, pairava no ar uma insegurança circulativa, assim como um atraso na agricultura e na economia em geral, o que dava ênfase à necessidade de proteção do crédito. Era, enfim, a insegurança do crédito e suas precárias condições de circulação o problema central para o legislador de 1864.

Em outras palavras, trata-se de uma outra face do processo de mercantilização da terra e de absolutização da propriedade fundiária.

É a hipoteca um dos principais institutos jurídicos em prol da circulação da riqueza, na medida em que a propriedade era garantia nas transações comerciais.

Com efeito, a Lei 1.237 de 1864, chamada de Lei de Reforma Hipotecária, procurou romper com o regime das hipotecas ocultas que dificultava a mercantilização da propriedade imóvel.

Para tanto, referida legislação vetou a hipoteca sobre bens móveis; instituiu o registro para a transcrição dos títulos de transmissão de imóveis *inter vivos* e de constituição de ônus reais (requisito para sua oponibilidade em relação a terceiros); previu a criação do Banco Rural e Hipotecário e das sociedades de crédito real, responsáveis pela emissão de letras hipotecárias.

Dentre as inovações da reforma hipotecária a transcrição e o registro são alicerces para a nova ordem proprietária.

Pode-se dizer que o registro foi criado com a Lei de 1864, em seu artigo 7º, que abrangia o registro das hipotecas (de importância incontestável, quer em relação ao crédito, quer em relação à moral) e também a transcrição dos títulos de transmissão de quaisquer imóveis suscetíveis de hipoteca e de criação de ônus reais.<sup>195</sup>

A criação do Registro Geral das hipotecas que atribuía publicidade através dos registros produzia três efeitos legais: 1) tornava nula a alienação; 2) garantia ao

---

<sup>195</sup> VARELA, **Das sesmarias...**, p. 166.

credor direito de seqüela e penhora do bem hipotecado; 3) assegurava ao credor o direito de preferência.<sup>196</sup>

A Lei de reforma hipotecária institui, pois, verdadeiro sistema de publicidade, condição essencial à natureza *erga omnes* dos direitos reais. Tal publicidade tem ainda o sentido de garantir a oponibilidade em relação a terceiros, embora não tivesse o caráter da obrigatoriedade que hoje reside na caracterização do registro de imóveis contemporâneo.<sup>197</sup>

“A segurança e a certeza da propriedade imóvel registrada são ganhos que extrapolam o escopo que era a criação de um sistema de crédito garantido pela hipoteca.”<sup>198</sup>

Ainda tímido, não abrangia o registro de atos judiciais, nem servia à publicidade de atos de transmissão *causa mortis*, estes só incluídos com o advento do Código Civil de 1916. É o que traduz o artigo 8º da Lei da reforma hipotecária.

Já o § 4º do artigo 8º revela o caráter de transição da Lei, vez que explicita que não é a transcrição capaz de consolidar de uma maneira forte o domínio do objeto transcrito nas mãos do adquirente.

O sistema da transcrição rompe-se com o sistema das Ordenações (pautado na mera tradição). No entanto, a prática oferecia resistência ao novo modelo, principalmente no tocante à venda de terras. A secretaria da Fazenda chegou a expedir três famosas ordens (1868) afirmando que não tinham valor jurídico os termos de transmissão de terras devolutas feitas em repartição pública, mas mesmo assim a velha prática voltou a ocorrer.

Lígia Osório Silva complementa:

Apesar da existência desses avisos, a prática continuou a ser passarem-se os termos de venda e concessão de terras nas repartições públicas, sem a transcrição pública dos títulos. Essa praxe continuou por entenderem uns que o Estado, não sendo um proprietário de terras comum, não estava obrigado a seguir normas do direito civil que regulavam a compra e venda entre particulares.<sup>199</sup>

Dessa forma a transcrição passaria de mera publicidade (formalidade complementar ao regime hipotecário) a *modus acquirendi*.

<sup>196</sup> BENEDETTO, op. cit., p. 60/64.

<sup>197</sup> Atualmente é ato de direito público não integrado pela vontade das partes.

<sup>198</sup> BENEDETTO, op. cit., p. 62.

<sup>199</sup> SILVA, op. cit., p. 152.

Teixeira de Freitas<sup>200</sup> argumenta pela importância da publicidade como decorrência da distinção entre direitos reais e pessoais. Para ele “o direito real deve se manifestar por outros caracteres, por outros signaes, que não sejam os do direito pessoal, e que esses signaes devem ser tão visíveis, tão públicos quanto for possível. A publicidade para Teixeira de Freitas do direito de propriedade – direito absoluto em sua essência – é pressuposto para um sólido sistema hipotecário”. A partir de tal premissa ele sintetiza as vantagens da transcrição.

Em nota ao artigo 534, Teixeira de Freitas afirma que os títulos translativos da propriedade imóvel são a sua *tradição legal*. Isso significa que a transcrição é, apesar de não obrigatória, elemento indispensável para que os títulos translativos do domínio tenham efeito perante terceiros. Por outro lado, Lafayette dá um passo a mais, pois atribui à Lei de 1864 a obrigatoriedade da transcrição. Para ele antes da transcrição não há domínio, não existindo a transcrição também não há eficácia em relação a terceiros, tampouco as próprias partes contratantes.<sup>201</sup>

O Decreto 169-A de 1890 veio aperfeiçoar o sistema vigente, sanando falhas quanto à publicidade e proclamando o princípio da especialidade para todas as hipotecas sem exceção, isso queria dizer que não tinham valor as hipotecas não escritas.

Começa a se desenhar no ordenamento jurídico brasileiro uma nova forma de propriedade: a propriedade de papéis. Os títulos e as letras eram os novos objetos desse direito.<sup>202</sup>

O Código Civil de 1916 cria o registro de imóveis em sentido amplo. Trabalhou o legislador sobre as bases legais e doutrinárias já vistas, de modo que a transcrição passou de mera formalidade para modo de aquisição da propriedade. Isso porque condição de propriedade que se diz absoluta é justamente a eficácia *erga omnes*.

São estas as diversas pedras que se estruturam na base de uma nova ordem jurídico-proprietária: a proibição das ocupações, a definição legal de terras devolutas e seu correlato afastamento do princípio do cultivo – exigência da distinção entre domínio público e particular -, a criação dos sistemas hipotecário e registral, fundados sobre uma certa concepção da transcrição como *modus acquirendi*.<sup>203</sup>

<sup>200</sup> FREITAS, apud, VARELA. **Das sesmarias**..., p. 185.

<sup>201</sup> VARELA. **Das sesmarias**..., p. 190.

<sup>202</sup> BENEDETTO, op. cit., p. 64.

<sup>203</sup> VARELA. **Das sesmarias**..., p. 192

Todos esses elementos convergem na elaboração do diploma central do Direito Civil. Os registros e a transcrição na legislação do século XIX foram, pois, etapas no processo de mercantilização e absolutização da propriedade.

Por fim, cabe delinear que, de forma paralela às relevantes modificações legislativas, a passagem de uma forma jurídica não absoluta de propriedade, condicionada a deveres como o cultivo da terra para uma forma absoluta, deve também atentar às contribuições da civilística brasileira do século XIX.

O Código Civil de 1916 adota modelo diverso daquele cunhado pelos alemães. Pautando-se, entretanto, no formato do Código Civil Francês marcado pelo individualismo e pelo patrimonialismo. De maneira que o Código Civil brasileiro do início do século XX, reflete em seu art. 524 a filosofia e assentimentos da classe senhorial, “que fez elaborá-lo à sua imagem e semelhança, de acordo com a representação que, no seu idealismo, fazia da sociedade.”<sup>204</sup>

A civilística brasileira do século XIX, então, acaba por assimilar a “mentalidade proprietária moderna”. A citada mentalidade proprietária individualista fixa, aos poucos suas raízes na civilística brasileira, passando os juristas a definir o direito das coisas a partir de uma inspiração daquela vontade absoluta, de uma concepção da “propriedade como liberdade”.

De forma geral, nossos juristas civilistas dos oitocentos, quanto à compreensão do domínio se aproximam da pandectista alemã, e menos ao *Code*. Eles beberam das mesmas fontes que os europeus, acomodaram-nas ao contexto sócio-cultural em que viveram e, notadamente no caso de Teixeira de Freitas, desenvolveram pensamento sistemático próprio.<sup>205</sup>

Resultado: “Essa disciplina jurídica serviu, fundamentalmente à consolidação do poder da elite local, que se perpetuou sob a forma dos grandes latifúndios. Posteriormente atendeu aos esforços de dinamizar a economia brasileira, no

---

<sup>204</sup> “De fato, o legislador brasileiro utilizou o rol de poderes proprietários que buscou a conceituação da propriedade no *Code*, sem, entretanto, conceituá-la. De outro lado, seguiu a orientação alemã de especificar o conteúdo da propriedade, mas arrolando os poderes do proprietário, como fez o legislador francês. O Código Civil brasileiro fez sua opção: uma definição analítica e estrutural da propriedade”. (CORTIANO JUNIOR, op. cit., p. 104).

<sup>205</sup> Houve outros juristas que se aproximaram mais do legado francês, descrevendo o feixe de poderes, como Trigo de Loureiro, Felício dos Santos e Carlos de Carvalho. Mas, independente da matriz doutrinária, certo é que a caracterização do direito de propriedade em seu vínculo com o poder da vontade, como um direito absoluto, é traço comum nas obras jurídicas do século XIX. Com sua feição abstrato-unitária, própria dos códigos oitocentistas, a propriedade afasta-se do cultivo, seu fundamento de origem, que não mais se coaduna coma a ideologia liberal que permeia os trabalhos que antecedem a legislação civil. (VARELA. Das sesmarias..., p. 97).



contexto da crise do modelo escravocrata, a partir da segunda metade do século XIX”.<sup>206</sup>

Contudo, tem-se a partir da emanção de uma propriedade moderna, com o Código Civil de 1916, pautada nas características napoleônico-pandectistas, a formação de uma nova mentalidade proprietária brasileira, a qual, baseada na determinação dos poderes proprietários, se assume como tipo único e universal (formalmente), deixando de lado, mais uma vez, as características próprias da sociedade que deveriam vincular sua regulamentação legal no Brasil do século XIX.

---

<sup>206</sup> Ibid. p. 99.

## 5. CONCLUSÃO

De uma maneira geral, com o estudo realizado se procurou analisar como se deu a formação de uma mentalidade proprietária moderna no Brasil do século XIX, e, conseqüentemente, demonstrar as vicissitudes do caminho trilhado no Direito brasileiro de uma noção plural do direito de propriedade à (resultante histórica) confecção de uma propriedade enquanto conceito unitário e absoluto. Procurar-se-á, assim, reunir os resultados desta pesquisa.

Como se observou, a análise da formação da citada mentalidade jurídica brasileira não foi descolada dos resultados da experiência européia quanto à formação da mentalidade proprietária moderna.

Por um lado, a experiência européia nos mostrou que a consolidação da apropriação privada dos bens foi algo construído pelo sujeito (idéia que nasce entrelaçada à de propriedade, frutos da razão humana, que passa a ocupar o lugar antes ocupado pelo divino, pelo metafísico), que se desenvolveu na Europa principalmente nos séculos XIV e XV. Período histórico que se caracterizou pela transição de uma mentalidade jurídica pré-moderna quanto à “apropriação” dos bens para outra, moderna, marcada pela absolutização, simplicidade e abstração do instituto da propriedade, que teve como símbolo o Código de Napoleão e seu artigo 544. Entretanto, é somente com o advento da Pandectística alemã que se afirma um “moderno” na propriedade, pois com ela há a formulação de uma propriedade em que o proprietário pode proceder com a coisa segundo seu critério, bem como evitar dos outros qualquer intromissão.

Por outro, quanto à análise brasileira das mentalidades jurídicas, enquanto espaços longos de tempo capazes de barrar a diáspora dos fatos, demonstrou-se que houve sim uma mentalidade jurídica proprietária pré-moderna em suas terras com o regime das sesmarias; assim como que, embora a passagem desta noção proprietária (cuja essência residia nas particularidades coloniais) para outra (moderna), não tinha se dado de maneira análoga ao que ocorreu na Europa; houve uma mentalidade moderna com igual ponto de chegada verificado pela experiência européia: uma propriedade moderna, modelo napoleônico-pandectista.

Das sesmarias à propriedade moderna brasileira, assim, houve o afastamento do princípio do cultivo, bem como a separação da propriedade pública da privada. A Lei de Terras, somada à Lei da Reforma Hipotecária, influenciadas certamente pelo

ideário liberal capitalista em formação, foram mecanismos eficientes na absolutização e na mercantilização da terra, reafirmando, então, uma prática costumeira em solo brasileiro: o afastamento do homem pobre, do escravo e do índio da possibilidade de obtenção de condições de “concorrer” com o sesmeiro, donatário, coronel, latifundiário, proprietário, possuidores da nova “propriedade” que se formara: a “propriedade privada”, aquela que assegura ao proprietário, sujeito de direitos defendido pela ordem constitucional moderna, sua total disponibilidade e inviolabilidade. O preço mínimo por um lado, e a falta de condições dignas de trabalho por outro, dificultavam sobremaneira o acesso de todos à terra, à propriedade moderna.

Sob o aspecto doutrinal, também é possível observar os resultados quanto à contribuição da civilística brasileira do século XIX no tratamento da modernização da propriedade. Como percebido, a característica de um direito de propriedade natural, inviolável, absoluto, não foi especificidade do ordenamento brasileiro; singular foi a natureza jurídico-pública da propriedade pré-voluntarista e o processo de transição que marca, entre nós, a formação da nova “antropologia proprietária”; foi nas obras dos juristas europeus, sobretudo franceses e alemães, que os juristas e legisladores brasileiros buscaram seus modelos. Com efeito, nossos juristas civilistas dos oitocentos, quanto à compreensão do domínio, aproximam-se mais da pandectista alemã do que do *Code*; eles beberam das mesmas fontes que os europeus, acomodaram-nas ao contexto sócio-cultural em que viveram e, notadamente no caso de Teixeira de Freitas, desenvolveram pensamento sistemático próprio.

A partir da emanção de uma propriedade moderna, com ápice legislativo no Código Civil de 1916 pautado nas características napoleônico-pandectistas, teve-se a formação de uma nova mentalidade proprietária brasileira, a qual, baseada na determinação dos poderes proprietários, assume-se como tipo único e universal (formalmente), e deixa de lado, mais uma vez, as características próprias da sociedade nas quais deveria se espelhar (de maneira especial, nos diferentes tipos de cultura brasileira, a exemplo dos indígenas e dos quilombolas de então, que possuíam – e possuem até os dias de hoje – formas singulares de utilização da terra, e que têm perdido suas identidades, ou suas vidas, em razão da falta de uma “propriedade”, reconhecida pelo Estado, diversa da do modelo napoleônico-pandectista, unitária).

Por fim, entende-se interessante citar que após a formulação de uma propriedade absoluta e sua identificação no Código Civil de 1916, houve uma relativização, de certa forma recente, do direito de propriedade e sua absolutização. A ordem Constitucional vigente prevê a “função social da propriedade”, que para alguns se consubstancia como requisito para própria existência do direito de propriedade (artigo 5º, XXIV); ademais, a função social da propriedade possui hoje assento Civil (CCB de 2002, artigo 1.228, § 1º); estando-se, assim, a apresentar, quem sabe, o declínio da autoridade da propriedade absoluta.

## REFERÊNCIAS

BENEDETTO, R. di. **Formação histórica do instituto da propriedade no Brasil no século XIX**, 2002. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

BURKE, P. (org.). **A escrita da história: novas perspectivas**. São Paulo: UNESP, 1992.

CARDOSO, Ciro Flamarion S. e VAINFAS, Ronaldo. **Domínios da história: ensaios da teoria e da metodologia**. Rio de Janeiro: Campos, 1997.

CORTIANO JUNIOR, E. **O discurso jurídico proprietário e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FAORO, R. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. São Paulo: Globo, 2000.

FONSECA, R.M. **Direito e História**. : relações entre concepções de história, historiografia e a história do direito a partir da obra de Antônio Manuel Hespanha. Curitiba, 1997. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

\_\_\_\_\_. A história do direito e a verdade no processo: o argumento de Michel Foucault. *In* **Genesis Revista de Direito Processual Civil**, Ctba, nº 17. jul/set 2000, p. 573.

\_\_\_\_\_. **Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica**. São Paulo: LTr, 2002.

\_\_\_\_\_. A Lei de Terras e o advento da propriedade. *In* **Anuário Mexicano de Historia del derecho**, nº XVII. Universidade Nacional Autónoma de México, México, 2005.

GUIMARÃES, Alberto Passos. **Quatro séculos de latifúndio – 1963**. *In* STÉDILE. João Pedro (org). A questão agrária no Brasil: o debate tradicional: 1500-1960. p. 59. São Paulo: Expressão Popular, 2005.

GOYARD-FABRE, S. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GROSSI, P. **El orden juridico medieval**. MADRID: Marcial Pons, ediciones juridicas y sociales, S.A, 1996.

\_\_\_\_\_. **História da propriedade e outros ensaios**. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

HESPANHA, A. M. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

\_\_\_\_\_. **História das Instituições**: épocas medieval e moderna. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

MARÉS, Carlos Frederico. **A Função Social da Terra**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

\_\_\_\_\_. **O Renascer dos povos indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1998.

NIETZSCHE, F. W. **Segunda consideração intempestiva**: da utilidade e desvantagem da história para a vida. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003.

RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

SANTOS, B. S. **Introdução à ciência pós-moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

SILVA, Lúgia Osório. **Terras Devolutas e latifúndio**: efeitos da Lei de 1850. Campinas: Editora da Unicamp, 1996.

SODRÉ, N. W. A formação histórica do Brasil – 1962. *In* **A questão agrária no Brasil**: o debate tradicional – 1500-1960/ João Pedro Stédile (org). São Paulo: Expressão Popular, 2005.

Universidade Federal do Paraná. Sistema de Bibliotecas Referências. **Normas para apresentação de trabalhos científicos**. Curitiba: Editora da UFPR, 2002.

VAINFAS, Ronaldo (organizador). **Dicionário do Brasil colonial**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2000.

VARELA, L. B. Das propriedades à *propriedade*: construção de um direito. *In A Reconstrução do direito privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado/Judith Martins-Costa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Das sesmarias à propriedade moderna**: um estudo de história do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

\_\_\_\_\_. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura do direito. 3 ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001.